

## UNA NUEVA ENTREGA SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL EJEMPLO DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA \*

*Santiago Álvarez González*

Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidade de Santiago de Compostela

---

TITLE: *A new ECHR judgement on surrogacy and the French case law*

RESUMEN: El presente trabajo analiza la última de las sentencias del TEDH en materia de gestación por sustitución (Sentencia de 16 de julio de 2020, D contra Francia) y concluye que no añade nada significativo a su anterior doctrina, representada principalmente por la sentencia *Menesson* y por el Dictamen de 10 de abril de 2019.

Además, analiza cómo han sido recibidas en Francia las sucesivas sentencias del TEDH, principalmente por la jurisprudencia de la *Cour de cassation* y, en menor medida, cómo se reflejan dichas sentencias en los trabajos legislativos en tramitación en Francia.

La situación en España es en parte similar y en parte diferente. En España no ha habido ningún cambio legislativo sobre gestación por sustitución desde 2006, al igual que en Francia. No hay prevista ninguna iniciativa legislativa sobre gestación por sustitución. No hay una propia jurisprudencia sobre el tema; en Francia sí. La práctica registral gira alrededor de una Instrucción de 2010, anterior a la primera sentencia del TEDH (2014), y los problemas diarios de quienes recurren a la gestación por sustitución en el extranjero se pretenden encajar en la normativa genérica sobre filiación natural y adopción. Una normativa genérica que ya en Francia ha mostrado importantes carencias y que en España conduce a una situación de inseguridad jurídica inaceptable.

El autor concluye con una llamada a la urgente intervención del legislador.

ABSTRACT: *This paper analyzes the last ECHR judgment on surrogacy (ECHR Judgment of 16 July 2020, D v. France), and concludes that it does not add anything to its previous doctrine, represented mainly by the Menesson case (ECHR Judgment of 26 June 2014, Menesson v. France) and the Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother (Requested by the French Court of Cassation) of 10 April 2019.*

*Furthermore, it analyzes how the successive judgments and the Advisory Opinion of the ECHR have been received in France through the jurisprudence of the Cour de cassation and, to a lesser extent, how these judgments are reflected in the legislative work being processed in France.*

*The situation in Spain is partly similar and partly different. Like in France, in Spain there has been no legislative change on surrogacy since 2006. Currently there is no provision for any legislative initiative on surrogacy. But as opposed to France, there is no jurisprudence stricto sensu on the subject. The civil*

\* 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.

*registry practice is based on a 2010 administrative Instruction, prior to the first judgment of the ECHR (2014), and the daily problems of the intended parents and the children born through surrogacy are intended to fit into the classic and generic regulation on natural parentage and adoption. A generic regulation that already in France has shown important shortcomings and that in Spain leads to a situation of unacceptable legal uncertainty.*

*The author concludes with a call for the urgent intervention of the legislator.*

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia francesa. Práctica española.

KEY WORDS: *Surrogacy. European Court of Human Rights. French Case Law. Spanish Situation.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS RESPECTO DE SU MADRE DE INTENCIÓN QUE, ADEMÁS, ES SU MADRE GENÉTICA. 2.1. *La situación de la madre de intención y el Dictamen TEDH de 10 de abril de 2019.* 2.2. *La doctrina de la STEDH de 16 de julio de 2020.* 2.3. *El alcance del voto particular de la Juez O'Leary.* 3. LA RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA A LA DOCTRINA DEL TEDH Y SU SOBREPASO. 4. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON LA SITUACIÓN ESPAÑOLA. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Cada vez que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) aborda un caso de gestación por sustitución me enfrento a una cierta contradicción entre el cansancio por un tema tan manoseado y la curiosidad por un tema tan por hacer. Y como, de vez en cuando, resulta que sí hay novedades importantes, el fisgoneo se impone, aunque sólo sea para constatar que poco o nada hay de nuevo en este ya viejo asunto. La consecuencia de esta constatación debería ser pasar página y estudiar otros temas más interesantes. Pero mi experiencia me dice que en esta materia la más mínima trivialidad se convierte en la más encendida polémica. Seguro que decir que la Sentencia TEDH de 16 de julio de 2020<sup>1</sup>, a la que dedico la primera parte de las presentes reflexiones, no aporta nada nuevo a la anterior doctrina de la Corte de Estrasburgo será algo controvertido, puesto que hay un importante auditorio y un no menos nutrido cuerpo de escribientes que, parafraseando a Jean Pierre Marguénaud, «[...] convierten cualquier cuestión relativa a la gestación por sustitución en una cuestión de vida o muerte de la civilización»<sup>2</sup>. Además, percibo que cada vez resulta más necesario -a la vez que inútil, valga la contradicción- poner de manifiesto las cosas más simples.

<sup>1</sup> Caso nº 11288/18, D. contra Francia, cuyo texto íntegro puede verse en <https://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>2</sup> MARGUENAUD, Jean Pierre, «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», *RTD Civ*, (2019), pp. 286 y ss.

Porque lo cierto es que en este ya recurrente diálogo entre el TEDH y el Estado francés en materia de gestación por sustitución cada sentencia del TEDH suele dejar jugosos titulares. Por ejemplo, un buen titular en relación con esta última entrega es que, para el reconocimiento de la filiación materna de los niños nacidos mediante gestación por sustitución, *el TEDH ha elegido la institución de la adopción*<sup>3</sup>. Pues bien, me parece este un titular que no se corresponde al cien por cien con la realidad. Y comoquiera que la doctrina del Tribunal de Estrasburgo no sólo va a afectar al Estado directamente implicado, sino también a todos aquellos que, como España, están sujetos al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>4</sup> (en adelante, el Convenio) y a la jurisdicción del TEDH, dedicaré mis primeras reflexiones a tratar de entender lo que la citada sentencia dice. Porque, aunque se trata de una sentencia menos glamurosa que sus predecesoras, no es inocua. Comenzaré describiendo de forma sucinta el supuesto de hecho para, seguidamente, analizar la respuesta del TEDH, valorar la advertencia que realiza el Voto particular que incorpora y concluir afirmando que no debería considerarse un hito en la jurisprudencia del TEDH.

Además, para no defraudar el título, y porque pienso que el ejemplo francés es sumamente significativo de por dónde puede ir el futuro en otros países, describiré, también de modo breve, el divorcio que el fenómeno de la gestación por sustitución ha generado en el país vecino entre la ley y la jurisprudencia, y el alcance del sobrepaso, en términos evolutivos, que la *Cour de cassation* francesa ha consumado respecto de las exigencias del TEDH<sup>5</sup>. Advierto que el concepto de «ejemplo» del título no es enteramente fiel a su significado. Ni siquiera pienso en un calificativo de mal o buen ejemplo. Sí me parece interesante reflejar lo que allí está pasando, por si puede ser de interés (que lo es) para lo que pasa aquí.

Por ello, me permitiré dedicar algunas palabras finales, muy pocas, a la situación española, amparándome en la excusa que la Sentencia y la evolución de la situación en Francia me proporcionan.

## 2. LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS RESPECTO DE SU MADRE DE INTENCIÓN QUE, ADEMÁS, ES SU MADRE GENÉTICA

<sup>3</sup> SUDRE, Frédéric, «Reconnaissance du lien de filiation maternel des enfants nés par GPA: la Cour EDH, choisit l'adoption. À propos de CEDH, 16 juill. 2020, n° 11288/18, D. c/ France», *La Semaine Juridique*, N° 37 (2020), pp. 1506-1508. Comentario que, por otro lado, es una perfecta síntesis en tres páginas de lo que la sentencia resuelve y lo que no resuelve.

<sup>4</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

<sup>5</sup> Opinión -la del divorcio entre ley y jurisprudencia- que no me atrevo a defender firmemente (aunque eso es lo que parece) y que extraigo de PARICARD, Sophie, «La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA: un schisme entre loi et jurisprudence», *Recueil Dalloz*, 27 febrero 2020 – n° 7.

### 2.1. La situación de la madre de intención y el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019

En su importante Dictamen consultivo de 10 de abril de 2019 (en adelante, el Dictamen)<sup>6</sup>, el TEDH auguraba futuros pronunciamientos teniendo en cuenta en particular la evolución de la cuestión de la gestación por sustitución<sup>7</sup>. Recordemos que, en esencia, este Dictamen determinó que la ausencia de reconocimiento del vínculo de filiación entre los nacidos de gestación por sustitución y la madre de intención con la que no poseen vínculo genético y que figura como madre legal en la documentación extranjera es contraria al Convenio. Recordemos también que tanto la estructura procedimental del Protocolo número 16 al Convenio como la propia actitud estricta del TEDH hacen que su opinión deba circunscribirse a los datos del supuesto concreto que motivó el recurso al propio Tribunal. En otras palabras, el Dictamen emitió opinión sobre un supuesto en el que las autoridades francesas habían denegado la transcripción del acta de nacimiento emitida en el extranjero con relación a quien figuraba como madre legal, esposa del padre biológico y carente de vinculación genética con el nacido. El Dictamen no se pronunció sobre los casos en los que la madre de intención sí tenía dicho vínculo genético (no de forma directa, como veremos); ni sobre los casos en los que la madre de intención no figuraba como madre legal en la documentación extranjera; ni sobre los casos en los que los padres de intención fuesen del mismo sexo. Y el Dictamen sí se refirió a los modos en los que dicho vínculo de filiación (recordemos de nuevo, entre la madre de intención, esposa del padre biológico, sin vínculo genético con los nacidos y que aparece en la documentación extranjera como madre legal) podría establecerse: cualquier título de acreditación previsto por el Derecho interno que responda a la doble exigencia de «efectividad» y «celeridad» y que suponga una vinculación similar a la biológica<sup>8</sup>.

En el caso resuelto por la STEDH de 16 de julio de 2020 la madre de intención es *además* madre genética. Un elemento nuevo. Si bien esta circunstancia fue llevada ante el TEDH en una fase tardía del procedimiento, lo que, a decir del Voto particular, relativiza el fallo. Lo veremos.

<sup>6</sup> Accesible en la página del Tribunal: <https://hudoc.echr.coe.int>. Vid. al respecto ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución», *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 101-121. Desde una perspectiva más plural resulta muy interesante el comentario de HEYMANN, Jeremy y MARCHADIER, Fabien, «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.*, 4 (2019), pp. 1149-1164.

<sup>7</sup> Punto 36 del Dictamen.

<sup>8</sup> Respecto de esta última condición, así lo interpreto, aunque se trata de una exigencia que no aparece expresamente en el Dictamen.

## 2.2. La doctrina de la STEDH de 16 de julio de 2020

El supuesto nos muestra un matrimonio heterosexual residente en Francia y de nacionalidad francesa que recurre a la gestación por sustitución en Ucrania. De este procedimiento nace una niña que está *genéticamente vinculada al padre y a la madre de intención*. En el acta de nacimiento ucraniano aparecen ambos cónyuges como padre y madre legales y sobre esta base documental los interesados instan la inscripción en el registro civil francés de dicha acta de nacimiento. Resulta importante destacar que todo el procedimiento versa exclusivamente, sobre este hecho, la *solicitud de transcripción* del acta de nacimiento ucraniano en el registro civil francés.

La primera negativa a practicar la inscripción respecto de la madre de intención se basó en la tradicional comprensión de la normativa francesa (art. 47 del *Code civil*), según la cual la transcripción de las actas de estado civil extranjeras no se produce si «los actos que en ella se declaran no se corresponden con la realidad»<sup>9</sup>. Y la realidad en materia de filiación materna sería el parto, según la indiscutida interpretación francesa de sus normas nacionales en el momento en que se desarrollaron los procedimientos. Algo a lo que la doctrina *Menesson* no había afectado<sup>10</sup>. Los interesados recurrieron ante el *Tribunal de grande Instance* de Nantes que, por Sentencia de 12 de enero de 2017, estimó el recurso con base en un razonamiento donde mezcló un fuerte formalismo positivista (el documento ucraniano sería formalmente válido) con un no menos evidente recurso tópico al interés superior de la nacida. La lectura del fallo acredita un razonamiento de brocha gorda.

El último episodio procesal en Francia lo constituyó la Sentencia de *la Cour d'Appel de Rennes*, de 18 de diciembre de 2017, que ratificó la parte relativa a la inscripción de la filiación del padre, pero revocó la referida a la inscripción de la madre de intención, a la luz de la aludida tradicional comprensión del citado artículo 47 del *Code civil*. Los

<sup>9</sup> «Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité».

<sup>10</sup> La Sentencia TEDH de 26 de junio de 2014 (recurso 65192/11), *Menesson* contra Francia (del mismo día *Labassée* -en algunos textos *Labassee*- contra Francia, recurso 65941/11), fue el primer gran revulsivo en la evolución de la gestación por sustitución en Francia y en otros países, ciertamente con distinto alcance (*Vid.*, por ejemplo, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Gestación por sustitución y orden público», *InDret* (2/2017); tras él BARBA, VICENZO, «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), núm. 1, pp. 69-101, aunque sólo dejó clara la vulneración del artículo 8 del Convenio en aquellos casos en los que al nacido no se le permitiera establecer su vínculo de filiación con el progenitor de intención con quien tuviese un vínculo biológico (en los casos resueltos, el padre). La forma de establecer tal vínculo correspondería al margen de apreciación de cada Estado.

interesados, sin agotar los recursos internos (en concreto, sin recurrir en casación esta última decisión<sup>11</sup>), acudieron ante el TEDH, alegando que la *negativa a la inscripción integral* (paternidad y maternidad) del acta de nacimiento ucraniana en los registros franceses del estado civil violaría el derecho al respeto de la vida privada de la nacida consagrada por el artículo 8 del Convenio<sup>12</sup> así como el artículo 8 en relación con su artículo 14<sup>13</sup>. El TEDH rechaza que haya habido las violaciones alegadas.

Lo cierto es que la respuesta era previsible. Al menos, era la previsible, a mi juicio, en función de la anterior jurisprudencia del TEDH. Sólo en el caso de que los recurrentes hubieran justificado una situación *prolongada en el tiempo* de falta reconocimiento de un vínculo de filiación entre la nacida y su madre de intención es posible que el fallo hubiera sido distinto; y esto también es dudoso.

Para justificar esta afirmación de previsibilidad, realizaré mi posterior análisis partiendo de la hipótesis más exigente para el TEDH o, desde otro punto de vista, más favorable a los intereses de los demandantes: la de la contemplación –real, aunque tardíamente llevada ante el TEDH- de la doble vinculación genética de la madre y del padre de intención. Esta sería la situación que podría haber aportado alguna novedad a los anteriores casos conocidos por el TEDH. Y no lo hizo.

La primera constatación relevante es que en ningún momento del procedimiento ante las autoridades francesas hubo un rechazo absoluto al establecimiento de un vínculo de filiación entre la nacida y su madre genética y de intención. Lo que se rechazó fue la *inscripción del acta de nacimiento ucraniana*. La práctica judicial francesa ya reconocía por entonces la posibilidad de adopción por parte del cónyuge del progenitor cuyo vínculo de filiación estuviere reconocido: es decir, que en este supuesto la madre podía

<sup>11</sup> Circunstancia que pudo haber motivado la inadmisión del recurso ante el TEDH desde el primer momento, pero que no fue excepcionada por el Gobierno francés, en lo que ha sido considerado como una «negligencia estratégica» (SUDRE, Frédéric, *loc. cit.*, p. 1508) para obtener una decisión sobre el fondo que pudiera ser útil para el proyecto de ley bioética, pendiente en segunda lectura ante la Asamblea Nacional (cuya aprobación se produjo el 31 de julio de 2020).

<sup>12</sup> «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. [...] 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

<sup>13</sup> «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

haber adoptado a su hija genética<sup>14</sup>. Recordemos que, en el Dictamen, el título de acreditación de la filiación entre el nacido y la madre de intención es algo que se deja a la legislación interna del Estado concernido: no se exige que sea por inscripción del acta de nacimiento extranjera, por reconocimiento, por posesión de estado, por adopción... Y recordemos que lo mismo deriva de la doctrina *Menesson* en relación, entonces, con el padre biológicamente vinculado al nacido, algo que frecuentemente se ignora, puesto que la exigencia del TEDH en el caso del progenitor varón suele concretarse en una inscripción directa del acta de nacimiento, como vía más natural... aun cuando el TEDH nunca exigió el mecanismo concreto de la inscripción. En todo caso, recordemos también que la condena a Francia en *Menesson* no fue por rechazar el reconocimiento de la filiación (paterna) declarada en las actas de nacimiento estadounidenses mediante su inscripción, sino porque el fraude presuntamente producido a la ley francesa cegaba también las otras vías: cualquier otro tipo de reconocimiento, adopción, posesión de estado...<sup>15</sup>. Así pues, del más reciente Dictamen deriva una obligación de establecimiento de la filiación entre el nacido y su madre de intención (recordemos, carente de vínculo biológico con el nacido), por cualquier medio rápido y efectivo, pero no necesariamente por el reconocimiento derivado de la inscripción del acta de nacimiento extranjera. De la sentencia *Menesson* deriva lo mismo respecto del padre biológico. ¿Por qué habría de ser distinto respecto de la madre genética?

La diferencia entre el actual supuesto de hecho y el que propició el Dictamen, en lo que atañe a la vinculación genética de la madre de intención, no auguraba un trato diferenciado en atención a la pasada doctrina del TEDH. Y, sin embargo, sí contaba con un apoyo en la evolución de la jurisprudencia de la *Cour de cassation* francesa que claramente había sobrepasado a las exigencias del TEDH<sup>16</sup>. Con la última jurisprudencia francesa, el recurso ante el TEDH habría carecido de sentido, pues de forma simple (y un tanto apodíctica) la *Cour de cassation* había decidido ya admitir la transcripción total

<sup>14</sup> *Cour cas.*, núm. 824, de 5 de julio de 2017, 15-28.597, que sienta doctrina junto con otras tres (núms. 825, 826 y 827) de la misma fecha. Todas ellas accesibles en <https://www.courdecassation.fr/>. Recordemos que para el ordenamiento jurídico francés la madre genética no sería madre antes de la adopción pues no ha parido a la menor.

<sup>15</sup> Punto 100 de la sentencia *Menesson*; punto 35 del Dictamen; puntos 50 y 51 de la presente sentencia: «[...] la existencia de un vínculo genético no tiene por consecuencia que el derecho al respeto de la vida privada del niño tal cual está garantizada por el artículo 8 del Convenio requiera que el reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y el padre de intención, pueda realizarse específicamente por la vía de la transcripción del acta extranjera de nacimiento del niño».

<sup>16</sup> PARICARD, Sophie, *loc. cit.*, en el contexto de la nota 29, habla de interpretación maximalista del Dictamen, pero (o porque) el Dictamen nunca se pronunció sobre los modos de reconocimiento del vínculo de filiación. BOLLÉE, Sylvain y HAFTEL, Bernard, «L'art d'être inconstant. Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui», *Rev.crit.dr.int.pr.* (2020), pp. 267-283, resaltan que el cambio jurisprudencial no se puede explicar por las exigencias del TEDH; se trata, simplemente, de la voluntad de los jueces para modificar el estado del Derecho positivo (p. 280).

(ambos progenitores de intención) de las actas de nacimiento en el extranjero de niños nacidos de gestación por sustitución. Me referiré a ella más adelante<sup>17</sup>.

El TEDH no va tan allá. Realmente no tiene por qué ir. Su labor no es legislar<sup>18</sup> sino comprobar si hay o no vulneración del Convenio. En su Dictamen, emitido a partir de la consulta del *Cour de cassation* derivada del caso *Menesson* (recordemos que allí la madre no poseía vínculo genético con las nacidas), no había contemplado directamente la situación de una madre de intención *con vinculación genética* con el nacido, aunque sí como un mero *obiter dictum*, en el que señalaba *a fortiori* la extensión del Dictamen a tales casos<sup>19</sup>. Con ello tan sólo afirmaba que la puerta que abría para la situación de la madre de intención sin vinculación biológica con mayor razón debía ser abierta para los supuestos en que esa vinculación existía. Pero el argumento *a fortiori* no es un argumento *a pari*. No excluye *per se* que quepa un tratamiento diferenciado. Así, por ejemplo, sería perfectamente respetuoso con el Dictamen un razonamiento del siguiente tipo: «en el caso de que no exista vinculación genética entre la madre de intención y el nacido, la ley tiene que proporcionar un mecanismo de establecimiento o reconocimiento (o lo que sea) de un vínculo de filiación; (mientras que) en el caso de que exista tal vínculo, la ley tiene que prever, o permitir (o lo que sea) el empleo de este específico mecanismo». O, por ser más respetuosos con la labor del TEDH, «[...] la ley no puede descartar tal específico mecanismo». En otras palabras, el Dictamen no excluyó un trato diferente entre la madre de intención vinculada genéticamente y la no vinculada genéticamente. Sería perfectamente defendible ese trato diferenciado. Esta posibilidad, sin embargo, no es asumida por la actual sentencia.

La sentencia que comentamos no diferencia. Es más, expresamente, equipara las dos situaciones o, mejor, no ve razones para diferenciarlas. En primer lugar, no ve razón para tratar de forma distinta las situaciones de padre de intención genéticamente vinculado (doctrina *Menesson*) y madre de intención genéticamente vinculada:

«[...] cuando un niño ha nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución a partir de los gametos del padre de intención, el derecho al respeto de la vida privada del niño exige que el Derecho interno ofrezca una posibilidad de reconocimiento de un

<sup>17</sup> Infra núm. 10.

<sup>18</sup> Aunque en este tema casi es lo que se le exige y en verdad ha actuado hasta ahora como una especie de legislador negativo en relación con el ordenamiento jurídico francés tal cual venía siendo aplicado por sus autoridades.

<sup>19</sup> Punto 47 del Dictamen.

vínculo de filiación entre el niño y el padre de intención y entre el niño y la madre de intención, *sea o no madre genética* [...]»<sup>20</sup>.

En segundo término, y ya al margen de esta comparación con la situación del padre, el TEDH generaliza la equiparación entre madre de intención vinculada genéticamente y no vinculada genéticamente, al señalar que:

«[...] no puede admitirse que el rechazo de la solicitud de inscripción del acta ucraniana de nacimiento... es constitutivo de una injerencia desproporcionada en su derecho al respeto de su vida privada por el solo motivo de que [la madre de intención] *sea su madre genética*, por cuanto que el vínculo de filiación entre una y otra puede ser efectivamente establecido por otra vía»<sup>21</sup>.

La conclusión es que la ausencia de transcripción de las actas de nacimiento en lo que se refiere a la madre genética no constituye en sí misma una violación del artículo 8 del Convenio en lo que atañe a la vida personal y familiar de la nacida, siempre que se proporcione otra vía interna para acreditar el vínculo de filiación entre ella y su madre de intención. Esa vía puede ser, por ejemplo, la adopción u otra. La sentencia no lo establece, aunque en verdad no sería honesto defender que la institución de la adopción no ha desempeñado un papel importante en el trasfondo del fallo. Es más, creo que puede decirse que el debate –de puro procedimiento interno francés, de pura legalidad ordinaria- que se reproduce en los puntos 64 y siguientes de la sentencia es capital: la posibilidad de la adopción plena por parte del cónyuge, la existencia de una instrucción del ministro de justicia francés para que el ministerio público emita informe favorable en estos casos, la verosimilitud de su éxito, y la duración media de 4,1 meses para la obtención de una decisión favorable son elementos que se barajan por el TEDH para refutar la posición de los solicitantes y desestimar su recurso. Resulta llamativo que incluso se produzca un debate sobre los plazos medios de resolución de los procedimientos de adopción: los recurrentes dicen que en Île de France son mayores, y el TEDH responde que ellos no están domiciliados en tal región. ¿Acaso subyace la idea de que la vulneración o no del artículo 8 del Convenio podría depender de que el procedimiento de adopción se llevara a cabo en París en vez de en Poitiers o en Rennes? La sombra del Dictamen (necesidad de un método que responda a la doble exigencia de efectividad y *celeridad*) parece planear sobre la pregunta.

Resumamos: no es contrario al derecho a la vida personal y familiar de la nacida el hecho de que la ley francesa no permita la transcripción de su acta de nacimiento

<sup>20</sup> Punto 54 de la Sentencia que, no obstante, muestra una cierta ambigüedad cuando más adelante restringe su opinión a la madre que no posee vínculo genético con el nacido. Traducción propia y cursiva añadida.

<sup>21</sup> Punto 60 de la Sentencia. Traducción propia.

extranjera en la que figura como su madre quien, a pesar de no haberla parido, es su madre genética. Y no lo es porque la ley francesa provee otras vías de establecimiento del vínculo de filiación materno. Creo que esto podía ya derivarse de la sentencia *Mennesson* y, aunque no de forma necesaria, también del Dictamen.

### 2.3. *El alcance del voto particular de la Juez O'Leary*

Frente a esta idea se alza, o al menos eso creo entender, el voto particular de la Juez O'Leary. Y digo que creo entender, porque, por un lado, la sentencia se dicta por unanimidad, y de ahí que el voto sea concordante y no disidente; pero, por otro, pienso que este voto particular puede entenderse como una enmienda a la conclusión que he reflejado en el anterior punto. En efecto, el fundamento del voto particular se centra en cuestiones procedimentales. A algunas ya me he referido más atrás: como la ausencia de agotamiento de las vías internas (no se recurrió en casación a la *Cour de cassation*) o la introducción extemporánea del dato relativo a la vinculación genética de la madre de intención con la nacida. Sin embargo, lo que ahora me interesa destacar es que la Juez O'Leary considera que la situación de la vinculación genética entre madre e hija *no está resuelta por la sentencia*.

El encabezamiento del punto III de este voto particular (que, por lo demás, no encuentro excesivamente claro) es inequívoco. Se rubrica «Cuestiones jurídicas no resueltas por la sentencia». Su razonamiento toma impulso a partir del Dictamen, que no resolvió el tema porque el supuesto no lo contemplaba, y su aludido anuncio de posibles próximos desarrollos. El voto particular considera que esos desarrollos están por llegar. Reproduzco la parte más importante de esta postura:

«Teniendo en cuenta la importancia que el TEDH concede hasta la fecha a la existencia de un vínculo biológico entre el/los progenitores de intención y el niño nacido de una GPA [gestación por sustitución]... queda por saber si el margen de apreciación de los Estados miembros en virtud del artículo 8, por sí mismo o combinado con el artículo 14, permite la transcripción en relación al padre de intención [con vínculo] biológico, mientras que el vínculo de filiación con la madre genética de intención debe establecerse por la vía de la adopción»<sup>22</sup>.

Pues bien, a mi juicio, no solo los párrafos más atrás transcritos del cuerpo de la sentencia parecen acreditar que esta cuestión jurídica sí se abordó, sino que creo que el TEDH fue expresamente consciente de ello. Al menos sí se abordó desde la perspectiva de los derechos de la hija.

<sup>22</sup> Punto 20 del Voto particular. Traducción propia.

En el punto 57 de la sentencia ya denuncia, al igual que en el voto particular que los recurrentes no hicieron valer el vínculo genético entre la madre y la hija ante las autoridades francesas y lo llevaron tardíamente al procedimiento ante el TEDH. Sin embargo, la sentencia expresamente declara *no extraer ninguna consecuencia de tal circunstancia*, teniendo en cuenta que en el momento en el que los procedimientos pendían en el plano interno la *Cour de cassation* rechazaba la inscripción con independencia de que la madre de intención fuese también madre genética o no. Una interpretación plausible de este apartado sería que aunque se hubiese puesto de manifiesto temporáneamente la circunstancia del vínculo genético entre madre e hija, el fallo del TEDH no habría cambiado. El Estado francés no violó el derecho de la hija derivado del artículo 8 del Convenio al rechazar la transcripción del acta extranjera de nacimiento respecto de su *madre genética* de intención.

El TEDH también rechazó expresamente la alegación de vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio. Se alegaba que la nacida en el extranjero mediante gestación por sustitución estaría discriminada respecto del resto de franceses nacidos en el extranjero, cuyas actas de nacimiento podrían ser transcritas en su integridad, frente a la transcripción parcial de la filiación paterna en el caso de la recurrente.

La sentencia liquida este asunto de forma breve. Recuerda que para que haya violación de los derechos alegados tiene que haber trato diferente entre situaciones análogas o comparables, y que el trato diferente será discriminatorio si no reposa en una justificación objetiva y razonable. Centrándose en este segundo aspecto –sin dar por supuesto que se trate de situaciones análogas<sup>23</sup>– considera que, en cualquier caso, existiría una justificación objetiva y razonable. Con ello, la sentencia acoge sin mayores explicaciones parte de la postura del Gobierno francés. En concreto, la relativa al control judicial que la adopción comporta como garantía de que el establecimiento de un vínculo de filiación materno respecto de la madre de intención en los casos de gestación por sustitución se haga siempre en el interés superior del niño. Un control que se explicaría (¿también?) por la voluntad de limitar los riesgos que la gestación por sustitución puede comportar, en especial para los nacidos, cuando se trata de una práctica llevada a cabo en el extranjero por nacionales de un país en la que no está

<sup>23</sup> Haciendo gala de economía argumentativa la sentencia dice que «[...] à supposer que l'on puisse considérer que les enfants français nés d'une gestation pour autrui à l'étranger et les autres enfants français nés à l'étranger se trouvent dans des situations analogues ou comparables quant à leur filiation maternelle [...]». Nótese que la frase en sí tiene un sentido condicional (en el momento actual el francés es la única lengua en que se ha publicado la sentencia). Yo traduciría libremente, «incluso aunque pudiésemos considerar que...».

autorizada<sup>24</sup>. En otras palabras, la diferencia en la situación de los nacidos mediante gestación por sustitución puede legitimar diferencias en cuanto a los modos de acreditación de la filiación de ella derivada.

Sí estoy con el voto particular en que hubo otras cuestiones jurídicas no resueltas. Cuestiones sobre las que, además, percibo una cierta inclinación del TEDH por sacar un conejo de la chistera similar al que se sacó en *Menesson*, cuando centró su respuesta en los derechos de los nacidos, rechazando que se hubieran vulnerado los de los padres. Solo que aquí sería al revés.

En los párrafos donde se rechaza que Francia haya violado los derechos de la hija derivados del artículo 8 del Convenio, el TEDH avanza que, efectivamente, el Derecho positivo francés establecía una diferencia de trato en cuanto al establecimiento del vínculo de filiación del padre biológico de intención y la madre genética de intención. Para el primero la transcripción de las actas de nacimiento extranjeras era suficiente, para la segunda no. Comprende la situación diferencial de la madre, pero adelanta que el recurso no trata de los derechos de la madre sino de los de la hija<sup>25</sup>, y que la cuestión de la posible vulneración del artículo 14 del Convenio en relación con su artículo 8, *respecto de la madre* fue introducida en el procedimiento de forma tardía, por lo que el Tribunal lo rechaza en aplicación del artículo 35.1 y 35.4 del Convenio, relativo a las condiciones de admisibilidad.

Como digo, si bien el fondo del asunto –la existencia real de discriminación o no respecto de la madre genética de intención- no es objeto de la resolución, no sé cómo podría defenderse que se produce un tratamiento discriminatorio de la madre de intención genéticamente vinculada con los nacidos, respecto de las madres gestantes, cuando tal discriminación se ha descartado respecto de los «nacidos» de unas y otras. O, mejor, de los nacidos de las segundas respecto de los vinculados genéticamente con las primeras. Pero lo cierto es que hay que concluir que tal decisión no se ha producido. Y sí puede ser más verosímil pensar que la práctica francesa introduce (mejor, introducía) una discriminación entre el padre de intención genéticamente vinculado y la madre de intención genéticamente vinculada, al establecer modos de reconocimiento distintos. Pero esto es igualmente discutible, si tenemos en cuenta que, ya al margen de la gestación por sustitución, los modos o títulos de acreditación de la filiación paterna y materna no suelen ser los mismos.

### 3. LA RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA A LA DOCTRINA DEL TEDH Y SU SOBREPASO

<sup>24</sup> Puntos 86 y 87 de la Sentencia.

<sup>25</sup> Puntos 61 y 63 de la Sentencia.

Todo lo dicho, cualquiera que sea la interpretación más apropiada<sup>26</sup>, tiene una incidencia directa sobre los Estados sujetos al Convenio y a la jurisdicción del TEDH en lo que su jurisprudencia tenga de generalizable<sup>27</sup>. Por tanto, también para España. Ciertamente, el margen de apreciación que esta sentencia (y las anteriores) deja a los Estados implica una recepción potencialmente diversa en cada uno de ellos. Sin embargo, en el caso de Francia, Estado demandado en este caso y Estado clave en todo el desarrollo de la doctrina del TEDH en materia de gestación por sustitución, la sentencia es irrelevante frente a la evolución de su jurisprudencia. Efectivamente, hoy el recurso que origina esta sentencia no se habría llegado a interponer. La solicitud de inscripción completa del acta de nacimiento ucraniana se habría admitido. Desde *Mennesson*, la *Cour de cassation* ha experimentado una sorprendente mutación en su posición ante la gestación por sustitución<sup>28</sup>.

Aunque ya con anterioridad la alta corte francesa había conocido tangencialmente de algún caso<sup>29</sup>, fueron sus tres sentencias de 6 de abril de 2011 (núms. 369, 370 y 371) las que creo que suponen el punto de partida que desemboca, hasta ahora, en la sentencia comentada y en la nueva jurisprudencia. Se trataba de tres supuestos técnicamente distintos, aunque con el común denominador de la gestación por sustitución: en un caso (precisamente, *Mennesson*), el origen estuvo en una solicitud de transcripción de actas extranjeras de estado civil; en otro, en el reconocimiento de una subsiguiente adopción del nacido también llevada a cabo en el extranjero; en el tercero, se discutía sobre la inscripción de un acta de notoriedad expedida por un juez francés sobre la posesión de estado de filiación<sup>30</sup>. En los tres casos, la postura de la *Cour de cassation*

<sup>26</sup> Como mero dato, creo que la que propongo se ajusta a la que más allá del texto de la sentencia emite el propio TEDH en otros documentos, como el comunicado de prensa sobre la misma [Refusal to register the birth details of a child born abroad through surrogacy not in breach of the right to respect for private life, in so far as a legal parent-child relationship can be established through adoption, ECHR 215 (2020) 16.07.2020]. Igualmente, el TEDH considera la sentencia como una consecuencia de la aplicación de la doctrina *Mennesson* y el Dictamen en su *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence*, Updated on 31 August 2020, p. 57. Ambos textos accesibles en [www.echr.coe.int/](http://www.echr.coe.int/).

<sup>27</sup> El TEDH no siempre tiende a sentar doctrina en los casos que resuelve, pero los relativos a gestación por sustitución sus resoluciones suelen ser ya generalizables en sí mismas.

<sup>28</sup> En palabras de BOLLÉE, Sylvain, y HAFTEL, Bernard, *loc. cit.*, p. 280, la *Cour de cassation* ha pasado por casi todas las soluciones concebibles en cuanto al tratamiento de las situaciones generadas por la gestación por sustitución realizadas en el extranjero, abandonando las más conservadoras en beneficio de las más liberales.

<sup>29</sup> Señaladamente en su Sentencia de 17 de diciembre de 2008 (*Rev.crit.dr.int.pr.* (2009), pp. 320-331, con nota de LAGARDE, Paul; *Jour.dr.int.* (2009), pp. 577-586, con nota de BOLLÉE, Sylvain).

<sup>30</sup> *Cour cas.*, núm. 370, de 6 de abril de 2011, que ratifica *Cour d'Appel* de París, de 18 de marzo de 2010. *Cour cas.*, núm. 369, de 6 de abril de 2011, que ratifica *Cour d'Appel* de París, 26 de febrero de 2009. *Cour cas.*, núm. 371, de 6 de abril de 2011, que confirma la *Cour d'Appel* de Douai, 14 de septiembre de

fue la misma: los efectos pretendidos, derivados de gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, eran contrarios al orden público francés. La *indisponibilidad del estado civil de las personas* es un principio de orden público internacional francés indiscutible<sup>31</sup>. Dos de los casos llegaron al TEDH y dieron lugar a la muy conocida doctrina *Menesson-Labassée*.

Tras *Menesson*, la previa imposibilidad de cualquier tipo de reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución trocó en una admisión de la *transcripción parcial* de las actas de estado civil extranjeras (inscripción de la paternidad biológica) a lo que, un tiempo después, se sumó la invitación a adoptar para quien aún no tenía establecido el vínculo de filiación, afirmando que «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»<sup>32</sup>.

Tras el Dictamen, la revisión del asunto *Menesson* (sentencia de la *Cour de cassation* de 4 de octubre de 2019) condujo a una admisión de la *transcripción total* (respecto del padre y de la madre de intención) de las actas de nacimiento extranjeras de las gemelas *Menesson*, aunque bajo la nota de excepcionalidad exigida por las circunstancias de un caso que se alargaba por más de 15 años<sup>33</sup>. Mas esa nota de excepcionalidad desapareció muy poco tiempo después: en tres sentencias de 18 de diciembre de 2019<sup>34</sup> la *Cour de cassation* abre una vía directa a la transcripción total de las actas

---

2009 que ya había considerado que dicha posesión de estado estaba viciada como consecuencia del contrato ilícito de gestación por sustitución. Las de la *Cour de cassation* accesibles en <https://www.courdecassation.fr/>.

<sup>31</sup> ANCEL, Bertrand, «L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée», *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, París, 2012, pp. 1-9, pp. 1-2 y jurisprudencia citada.

<sup>32</sup> Citada *Cour cas. núm. 824, de 5 de julio de 2017, supra*, nota 14.

<sup>33</sup> *Cour cas. núm. 648, de 4 de octubre de 2019 (10-19.053) - Cour de cassation - Assemblée plénière*-ECLI:FR:CCASS:2019:AP00648. Puntos 17 y 19, especialmente. Accesible en <https://www.courdecassation.fr/>. O, al menos, esa era la interpretación más plausible (la de la excepcionalidad). Así, por ejemplo, GUILLAUME, Johanna, «La saga Mennesson: les premières fois...», *Recueil Dalloz*, 24 octubre 2019 -nº 36 o LEROYER, Anne-Marie, «La victoire des Mennesson», *RTDCiv* (oct-nov 2019), pp. 841-844, que, no obstante, abogaba ya por su generalización. El propio TEDH dejó sentado que la solución de la *Cour de cassation* en este caso había ido más allá del Dictamen (*Annual Report. European Court of Human Rights 2020*, p. 15, accesible en [www.echr.coe.int/](http://www.echr.coe.int/)).

<sup>34</sup> *Cour cas. n° 1111 de 18 de diciembre de 2019 (18-11815) - Cour de cassation - Première chambre civile* (ECLI:FR:CCASS:2019:C101111); *Cour cas. n° 1112 de 18 de diciembre de 2019 (18-12327) - Cour de cassation - Première chambre civile* (ECLI:FR:CCASS:2019:C101112). Estos dos en relación con parejas de hombres y actas de nacimiento estadounidenses. *Cour cas. n° 1113 de 18 de diciembre de 2019 (18-14.751; 18-50007) - Cour de cassation - Première chambre civile* (ECLI:FR:CCASS:2019:C101113). Este tercero en relación con una pareja de mujeres y acta de nacimiento expedida en Londres. Todos ellos accesibles en <https://www.courdecassation.fr/>. Un sintético y preciso balance del alcance de estas tres sentencias puede verse en PARICARD, Sophie, *loc. cit.* Uno más trascendente, en BOLLÉE, Sylvain, y HAFTTEL, Bernard, *loc. cit.*, que aprovechan el salto cualitativo de estas sentencias para reflexionar sobre los límites de la jurisprudencia de la *Cour de cassation* y su relación con la ley.

extranjeras de nacimiento en casos en los que, como en el resuelto por el TEDH, las instancias inferiores habían optado por la transcripción parcial de las actas de nacimiento extranjeras respecto de uno de los progenitores de intención, recordando que el otro podría acudir a la adopción. La *Cour de cassation*, basándose en los artículos 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño, 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 47 del *Code civil*, en el Dictamen y en su anterior jurisprudencia<sup>35</sup>, afirma que «es conveniente hacer evolucionar la jurisprudencia»<sup>36</sup> y que la «oferta» de la adopción «no puede encontrar aplicación cuando la iniciación de un procedimiento de adopción resulta imposible o inadaptada a la situación de los interesados». El cambio de jurisprudencia es radical, estable y, a mi juicio, desprovisto de la tradicional sólida argumentación de la *Cour de cassation*<sup>37</sup>.

Ciertamente, la *Cour de cassation* y en general la práctica judicial francesa se encontraban en una muy incómoda situación, pues las consecuencias de las distintas resoluciones del TEDH no se habían ni se han traducido en ningún tipo de movimiento legislativo. Y no está claro que el actual proyecto de ley relativo a la bioética vaya a cambiar la situación, salvo para ajustarse al TEDH. De hecho, en estos momentos supondría un paso atrás respecto de la jurisprudencia de la *Cour de cassation*<sup>38</sup>. Los problemas siguen siendo los mismos y los tribunales de justicia son los últimos destinatarios de las reclamaciones de los particulares, sin otro soporte legal que el que durante años había conducido a una jurisprudencia que ya no vale. Quizá por ello, la *Cour* haciendo gala de un evidente pragmatismo, orilla un razonamiento depurado y abraza uno de corte voluntarista, aun a costa de retorcer los «vistos» o de inferencias lógicas que no son tal, sino más bien expresiones simples de voluntad.

<sup>35</sup> Con especial importancia de la última sentencia *Menesson* (*Cour cas.* de 4 de octubre de 2019).

<sup>36</sup> La expresión se repite en los casos 18-11815 y 18-12327, si bien no aparece en el 18-50007. Los dos primeros son típicos casos de gestación por sustitución, mientras que el tercero era una situación en la que una de las mujeres había recurrido en Londres a una gestación propia a través de técnicas de reproducción asistida.

<sup>37</sup> Un muy buen comentario es el que proporcionan BOLLÉE, Sylvain, y HAFTEL, Bernard, *loc. cit.*, aunque implícitamente desmientan el calificativo de estable que he utilizado. Ciertamente es una utilización atrevida a la luz de la evolución de la jurisprudencia francesa. Es estable, hasta ahora.

<sup>38</sup> En efecto, en el texto modificado en segunda lectura por el Senado (3 de febrero de 2021) se puede leer una regresión respecto de la última jurisprudencia de la *Cour de cassation*:

«Tras el artículo 47 del código civil, se insertará un artículo 47-1 redactado de la siguiente manera:

Artículo 47-1.- Toda acta de estado civil o resolución extranjera, con excepción de las resoluciones sobre adopción, que establezca o haga aparecer la filiación de un niño nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución no podrá ser transcrito en el registro [de estado civil] en tanto que mencione como madre a una mujer distinta de la que haya parido o cuando mencione a dos padres.

Las disposiciones del primer párrafo no impedirán la transcripción parcial del acta o resolución, ni el establecimiento de un segundo vínculo de filiación en las condiciones del título VIII del presente libro si concurren tales condiciones» (traducción propia). El título VIII del *Code civil* es el relativo a la filiación adoptiva.

Como antes señalé, la *Cour* utiliza como premisas, la Convención de los derechos del niño, el artículo 8 del Convenio, el Dictamen del TEDH y la normativa francesa, con especial mención del artículo 47 del *Code civil*. De las tres primeras, en el estado contemporáneo (y actual) de la jurisprudencia del TEDH lo único que derivaba (y deriva) de forma necesaria es el reconocimiento del vínculo de filiación del padre<sup>39</sup> que posee un vínculo biológico con los nacidos, mediante cualquier título (no necesariamente la inscripción o transcripción de las actas de nacimiento extranjeras) y el reconocimiento<sup>40</sup> del vínculo de filiación con la madre de intención (entonces, sin vinculación genética, hoy sin o con vinculación genética), mediante cualquier título. Nada más. No deriva, en especial, que el reconocimiento de un vínculo de filiación entre padres y/o madres de intención se haya de realizar mediante la transcripción en los registros civiles de las actas de nacimiento extranjeras. Esta última consecuencia es un acto plenamente voluntario de la *Cour de cassation*, para lo que sus considerandos son, a mi juicio, meramente «vistos» y no premisas en sentido estricto.

Y lo mismo cabe señalar de su interpretación del artículo 47 del *Code civil*. Simplemente, aquí lo que hace es, sí, cambiar su soberana interpretación, eliminando el obstáculo de que los hechos declarados en el acta de nacimiento fuesen contrarios a la realidad<sup>41</sup>. Una realidad que venía identificándose con el hecho del parto, y que ahora queda orillada por una interpretación en la que tan sólo debe comprobarse si el acta de nacimiento extranjera es regular, no es fraudulenta y se estableció conforme a la ley del país de origen.

Antes de concluir este apartado, me gustaría volver a llamar la atención sobre el hecho de que, tanto en la sentencia del TEDH que comento como en estas últimas sentencias de la *Cour de cassation*, el objeto de la discusión es concretamente la *transcripción de*

<sup>39</sup> También de la madre (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago «Nuevas y viejas...», *cit.*, p. 634; id., «Luces y sombras...», *cit.*, p. 119), pero no es esa la interpretación más extendida, pues no era ese el supuesto controvertido en *Menesson*.

<sup>40</sup> Utilizo aquí el término en sentido genérico, y no en sentido técnico de modo o vía posible de establecimiento de la filiación (art. 316 del *Code* o 120 CC respecto de la paterna).

<sup>41</sup> *Vid.* supra nota 9 el tenor de dicho precepto. O, en una interpretación más benévola, la *Cour* habría considerado que la «realidad» a la que haría alusión el mencionado precepto sería la realidad virtual «prevista por la ley extranjera» (LEROYER, Anne-Marie, «Personnes et droit de la famille», *RTDciv* (oct-dec, 2020), pp. 850-868, p. 865). Interpretación benévola que tendrá que reinventarse si entra en vigor el nuevo texto del art. 47 *Code civil* tal cual se encuentra en el actual proyecto de ley de bioética que añade a su actual regulación: «Celle-ci est appréciée au regard de la loi française». En otras palabras, la realidad a la que alude el acta de nacimiento extranjera se corresponderá con la realidad de la ley francesa. Llevado el añadido a nuestros supuestos típicos: la realidad de la ley francesa es que la madre es quien pare y no quien figura como tal en el acta de nacimiento. Un problema similar puede darse con la interpretación del art. 23 LRC (1957), sobre la exigencia de «que no haya duda de la realidad del hecho inscrito»; menos claro (mejor, menos radical en cuanto a sus efectos) es el alcance que el homólogo art. 98 LRC (2011) otorga a «la realidad de los hechos que incorporan» las certificaciones de asientos extendidos en registros extranjeros.

*actas de estado civil* extranjeras. Resulta un dato evidente que la discusión ya se ha trasladado desde la capital posibilidad o imposibilidad de establecer o reconocer un vínculo de filiación entre los nacidos y sus padres o madres de intención, algo que ya no se pone en tela de juicio, a discutir sobre cuál es el título de legitimación legal de la filiación previsto por la ley interna para que ello suceda. En este sentido, la transcripción de las actas extranjeras de estado civil se viene a considerar el epítome de la vía más favorable a nacidos y padres de intención, frente a otras vías como puedan ser la posesión de estado, la adopción, el reconocimiento de paternidad o maternidad *stricto sensu*, u otros. Obviamente, esto depende de cada concreto sistema jurídico y no es ninguna patente de curso sobre cualquier vicisitud que pueda afectar a la filiación de los nacidos<sup>42</sup>. Pero hay que reconocer que el «registrocentrismo» con el que se abordan estos temas no es ajeno a la fuerza práctica que tiene la inscripción en un registro civil<sup>43</sup>, con independencia de que ello sacrifique todos aquellos casos en los que los hechos y actos inscribibles no tienen acceso al registro (por ejemplo, en España los que afecten a extranjeros acaecidos en el extranjero<sup>44</sup>), al margen de que se pueda tratar de situaciones plenamente integradas en la sociedad del Estado de acogida (extranjeros con residencia permanente en España, por ejemplo).

En todo caso, la evolución del tema en Francia y, sobre todo, las sentencias del TEDH, invitan a concluir con alguna reflexión para la situación en España.

#### 4. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON LA SITUACIÓN ESPAÑOLA

Si tomamos cierta distancia y trascendemos a la visión microscópica de los últimos desarrollos en Francia observamos ciertos paralelismos con la situación en España que, a mi juicio, no son positivos, pues considero que, aunque la evolución francesa dice muy poco sobre la seguridad jurídica y la previsibilidad de soluciones para los particulares, la situación en España es aún peor.

<sup>42</sup> Para el caso francés, LEROYER, Anne-Marie, «Personnes et droit de la famille», *cit.*, pp. 850-851: «Que ce soit clair: la transcription ne purge pas l'acte d'état civil étranger de ses vices» («Que quede claro, la transcripción no sana el acta extranjera de estado civil de sus vicios»). Pero, siendo realistas, BOLLÉE, Sylvain, y HAFTEL, Bernard, *loc. cit.*, p. 268, desacreditan las cautelas, señalando que no se puede reducir el alcance de la última jurisprudencia de la *Cour de cassation* presentándola como un simple problema registral con exclusión de la dimensión de estado civil de las personas. Es evidente.

<sup>43</sup> Por no citar más que algunas reglas singulares, el art. 113 del Código Civil dispone que «La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil». El art. 16, 2º LRC (2011) consagra la presunción de existencia, validez y exactitud de los hechos inscritos y su art. 17.1º señala que «La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos». Quede constancia, no obstante, que, siendo la problemática registral de suma importancia, no es determinante de los hechos inscribibles: por ejemplo, el padre genético lo es haya o no inscripción en el registro civil.

<sup>44</sup> Art. 9.1 LRC, con la reserva de su párrafo 2º. Art. 15 LRC de 1957.

El primer punto en común es una obviedad. Tanto en un país como en el otro estamos vinculados a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal cual es interpretado por el TEDH. Nada nuevo. Tan sólo hay que ser conscientes de cuáles son esas exigencias. Por resumir una vez más, que al progenitor de intención con vinculación genética con los nacidos y al progenitor de intención sin vinculación genética con los nacidos hay que proporcionarles un título de reconocimiento, de determinación legal de la filiación que responda a la doble exigencia de «efectividad» y «celeridad» (doctrina *Menesson*, más doctrina del Dictamen, más, si se quiere, «doctrina» de la sentencia que he comentado, que no aporta nada nuevo en este sentido). Y ese título no tiene nombre. Queda en manos de los Estados. Puede ser cualquiera: inscripción en el registro civil, reconocimiento, posesión de estado, acciones de filiación, adopción... Siempre que no afecte a la doble condición de efectividad y celeridad. No está clara -no, a mi juicio- la situación de dos progenitores de intención, cuando ninguno tenga vínculo genético con los nacidos, ni la del único progenitor de intención que no tenga ningún vínculo genético con el nacido, aunque tengo la impresión de que no habría de suponer alteración del esquema simple que he sintetizado. Sí está claro que la doctrina del TEDH fija unos límites dentro de los cuales las posibilidades del Derecho siguen siendo muy plurales. En otras palabras, dicha doctrina no es suficiente para resolver la constelación posible de problemas que surgen como consecuencia de la gestación por sustitución<sup>45</sup>.

El segundo paralelismo importante es la abstención del legislador y la obligación de abordar las nuevas exigencias de un nuevo problema jurídico con viejos instrumentos. Y esto no funciona. La *Cour de cassation* ha tenido que renegar de la interpretación consolidada de sus viejas normas y, en un alarde de audacia o temeridad, hacer gala de legislador. Ir más allá de lo que el TEDH le exige (hasta ahora) y abrazar una solución que, como gráficamente ha sido descrita en alguno de los trabajos aquí citados, refleja *un cisma entre la ley y la jurisprudencia*. Es una solución «pacificadora», que «se quita de encima» el problema: se acepta la inscripción en el registro civil francés de las actas de estado civil extranjeras, con independencia de que progenitores de intención sean un hombre y una mujer, dos hombres o dos mujeres. Y, de momento, junto con los supuestos de monoparentalidad, esas son todas las posibilidades. En su última sentencia *Menesson* la *Cour de cassation* descartó la posesión de estado y en las más recientes citadas, implícitamente, la adopción, que venía siendo la *oferta* de los tribunales de justicia franceses, y que, tras la sentencia del TEDH que he analizado, los comentaristas franceses siguen defendiendo como la solución derivada de la

<sup>45</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución», *Mujer, Maternidad y Derecho. V Congreso sobre la feminización del Derecho Privado*. Carmona V, M. P. García Rubio (directora), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 613-647.

convencionalidad (ajuste con el Convenio Europeo de Derechos Humanos). Pero esta nueva jurisprudencia subvierte la posición de la propia *Cour de cassation* en el ordenamiento jurídico francés.

En España la situación es, posiblemente, similar. Y digo posiblemente porque, al contrario que en Francia, la opacidad es mayor. De lo que conocemos, sabemos que, tras algunas escaramuzas judiciales, la muerte y resurrección de la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010<sup>46</sup> deja la situación en manos de los encargados del registro civil sujetos a la fiscalización administrativa de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y de los jueces; o, en algunos supuestos, simplemente en manos de los jueces. La ilegalidad de la citada instrucción<sup>47</sup> y su cuestionable compatibilidad con la doctrina del Tribunal Supremo español también generan, como en Francia, un cisma entre la ley y la práctica<sup>48</sup>, denunciado, especialmente, por todos los que por principio se oponen a cualquier tipo de reconocimiento de efectos de la gestación por sustitución, pero también por quienes solo contemplamos las exigencias del sistema jurídico y por quienes tienen que aplicarlo, que se encuentran con una situación cuya crítica menor es la más completa inseguridad jurídica<sup>49</sup>, con resoluciones contradictorias, igualmente desajustadas o ajustadas a la ley. En un caso se admite la *posesión de estado* de filiación entre los nacidos y los progenitores de intención y en otro no<sup>50</sup>. En un caso se admite la *adopción* por parte del cónyuge y en otro no<sup>51</sup>. En un

<sup>46</sup> Recordemos que fueron cuatro días entre la minuciosa y prolija (probablemente, me atrevería a decir que externalizada al tanto por página) Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019, que la derogó, y la lacónica Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019, que la rehabilitó.

<sup>47</sup> Denunciada prontamente por CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *CDT*, (marzo 2011), pp. 247–262, p. 260, y cuyas exigencias, ni se cumplen en la práctica, ni se acomodan a la doctrina del TEDH. Muy gráfico el Ministerio Fiscal en el caso resuelto por la SAP León (Sección 2) 21 diciembre 2020 (ECLI:ES:APLE:2020:1708).

<sup>48</sup> Para ser más exacto, diría que entre los principios que gobiernan la normativa sustantiva, la STS de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247) por la que nuestro Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación contra la negativa a inscribir nacimiento y filiación en el supuesto de la RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735); el Auto TS (Sala de lo Civil, Pleno) de 2 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:335A), que resolvió desestimar el incidente de nulidad contra la anterior, y la práctica, pues lo cierto es que la *específica* regulación de Derecho internacional privado, simplemente, falta. Y la *genérica* regulación de Derecho internacional privado no se adapta a la problemática analizada.

<sup>49</sup> Paradigmática, por el esfuerzo desplegado, la profundidad del análisis, la mesura de la denuncia y el compromiso de la resolución, la SAP Madrid (sección 22), 1 diciembre 2020, ECLI:ES:APM:2020:14547, ante un caso no contemplado por el TEDH: niño nacido con gametos de terceros y única madre de intención no vinculada genéticamente.

<sup>50</sup> Si en la citada SAP de Madrid se estimó la existencia de un vínculo de filiación por posesión de estado entre la madre de intención sin vinculación genética con el nacido y este, la SAP Ourense (sección 1) 21 octubre 2020 (ECLI:ES:APOU:2020:483A), llegó justo al resultado contrario. Y no creo que ninguna de las dos sea un disparate jurídico.

caso se inadmite (Juzgado) y se admite (Audiencia) la adopción por parte de la *madre genética*, precisamente por ser madre del adoptando (prohibición del art. 175.3.1 CC) y por no serlo (art. 10.2 LTRHA)<sup>52</sup>. Aunque la adopción del hijo del cónyuge es una vía promocionada, tanto por nuestro Tribunal Supremo, como, tal cual hemos visto, por el TEDH, la crisis de la pareja puede determinar que se frustre por falta de *consentimiento del cónyuge* sobre el que sí está establecida la filiación<sup>53</sup>. No es inverosímil que, en el mismo supuesto, se admita el establecimiento de la filiación paterna a través de la correspondiente acción y se deniegue la adopción por parte del cónyuge<sup>54</sup>. Que, al contrario de lo que parece ser la práctica administrativa y en general la de los órganos judiciales, aún se puedan encontrar supuestos en los que el *orden público* (sancionado por el Tribunal Supremo) sigue siendo operativo<sup>55</sup>, porque, realmente, el tema del orden público en esta materia está por construir<sup>56</sup>. O que se retuerzan las *acciones de impugnación de la filiación* internas (en absoluto concebidas para los casos que nos ocupan) para destruir la filiación de intención (y no genética) previamente establecida<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> La admite SAP Murcia 91/2019, 31 enero (ECLI:ES:APMU:2019:181), para la adopción de un niño nacido en Ucrania. El Auto AP Barcelona 565/2018, 16 octubre (ECLI:ES:APB:2018:6494A) la rechaza por no concurrir un consentimiento válido de la madre gestante. Tras el Dictamen del TEDH, el Auto AP Barcelona 57/2020, 11 febrero 2020 (ECLI:ES:APB:2020:1175A) la aprueba en otro supuesto. Recientemente en sentido también positivo la citada SAP León (Sección 2) 21 diciembre de 2020.

<sup>52</sup> Auto AP Granada (sección 5), 16 noviembre 2017 (ECLI:ES:APGR:2018:1341A).

<sup>53</sup> Auto AP Logroño (sección 1), 2 mayo 2017 (ECLI:ES:APLO:2017:229A). Auto AP (sección 5) Oviedo, 24 julio 2018 (ECLI:ES:APO:2018:987A).

<sup>54</sup> SAP Granada (sección 5), 3 mayo 2019 (ECLI:ES:APGR:2019:1741). La sentencia del juzgado declara la paternidad, pero no la filiación adoptiva. Lo cierto es que el texto de la sentencia de la audiencia es confuso sobre cómo se desarrolló el procedimiento en primera instancia.

<sup>55</sup> SAP Oviedo (sección 5), 26 mayo 2020 (ECLI:ES:APO:2020:687A).

<sup>56</sup> *Vid.*, al respecto, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Gestación por sustitución y orden público», *cit. Vid.*, igualmente, el intento de tratamiento por grupo de casos en función de criterios clásicos como el de la proximidad o el del efecto atenuado del orden público que hace JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, «Gestación por sustitución en España y turismo reproductivo», *Almacén de Derecho*, entrada de 22 de julio de 2019 (accesible en [almacenederecho.org](http://almacenederecho.org)), si bien con un punto de partida claramente contrario a su utilización: muy gráfica cuando señala «La eventual entrada en vigor de la Ley 20/2011, de Registro Civil abocaría inevitablemente a una valoración del orden público en sede registral (arts. 96 y 98) que, hasta ahora, se había logrado eludir». Creo que la excepción de orden público no debe eludirse en ningún caso (como en materia de matrimonio, de filiación, de adopción, de protección de menores, de cualquier materia), sin que ello suponga, claro, que siempre deba constituir un obstáculo. La gestación por sustitución, en sí misma considerada, no es ni contraria ni no contraria al orden público. El *caso concreto* decide.

<sup>57</sup> La SAP Madrid (sección 24), 7 julio 2020 (ECLI:ES:APM:2020:10117) desestima la acción de impugnación de la paternidad del cónyuge interpuesta por el padre biológico. Pero la desestimación no tiene para nada en cuenta la especialidad de la gestación por sustitución, sino, simplemente, la caducidad de la acción de impugnación de la filiación matrimonial prevista por el art. 136 CC (¡!). ¿Qué habría dicho la Audiencia si la acción se hubiese interpuesto dentro del plazo previsto?

En este estado de caos, abro un pequeño paréntesis para añadir (aunque sea un tema que no he tratado en el caso francés) una reflexión sobre el desprecio de nuestras autoridades por nuestra normativa sobre nacionalidad. Recordaré, simplemente, que son españoles «los *nacidos* de padre o madre españoles» (art. 17 CC). Recordaré, también, que no se dice «hijos» sino «nacidos», cerrando la polémica en torno al término «hijos» que utilizaba el precepto antes de la Ley 18/1990. El supuesto de hecho se vincula al hecho mismo de la generación y no a la determinación legal de la filiación<sup>58</sup>, por lo que ser español de origen por haber nacido de padre o madre español no depende ni de que el nacimiento se inscriba en ningún registro, ni de ninguna voluntad adicional de ninguna administración, de ningún gobierno, ni de la necesaria acreditación de la filiación mediante uno de los títulos previstos por el Derecho. El nacido de padre o madre españoles en Ucrania como consecuencia de una gestación por sustitución es español de origen por ministerio de la ley, diga lo que diga el Ministerio de Justicia o el de Asuntos Exteriores<sup>59</sup>. Recordaré también que el art. 19 de la Constitución española dice que «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca». Son, como bien se puede observar, reglas muy básicas que generan o han generado, también, un cisma entre la ley y la actuación de quienes están llamados a observarla y aplicarla. Cierro el paréntesis.

Volviendo a nuestro discurso, también puede percibirse un cierto paralelismo entre la situación francesa y la española en lo tocante al futuro, aunque en verdad el de nuestro país es mucho más incierto en el momento en que escribo estas reflexiones. En Francia, la tendencia apaciguadora de la *Cour de cassation* se ha basado en un cambio radical sobre la interpretación de algunos preceptos clave (como el citado art. 47 del *Code civil*, sobre actas de estado civil extranjeras) que el estado actual del proyecto de ley de bioética rechaza de forma expresa. En otros términos, la actual práctica reposa en una discutida interpretación conforme al estado actual del sistema, que en algunos extremos resultará sin duda contradictoria con la (posible) futura letra de la ley. Recordemos sucintamente la situación. El actual texto nos dice que el acta de estado civil extranjera hace fe en Francia salvo que -entre otros motivos- «[...] los hechos en ella declarados no se correspondan con la realidad». Mientras que la última jurisprudencia interpreta esa realidad como la realidad (jurídica) contemplada por la ley extranjera, el proyecto de ley añade, por el contrario, que «esta -la realidad- se

<sup>58</sup> Que, no obstante, exige la concurrencia de indicios racionales sobre la existencia de esa vinculación biológica.

<sup>59</sup> Curiosamente, la DGRN utilizó implícitamente este argumento en su citada Resolución de 18 de febrero de 2009 (supra nota 48).

apreciará de acuerdo con la ley francesa». Y para que no quede duda alguna, se añade el también citado nuevo artículo 47.1, cuyo texto, en el actual momento de tramitación, señala que impide la inscripción en el registro civil de las actas extranjeras en las que se mencione como madre a una mujer distinta de la que haya parido o cuando se mencionen a dos padres<sup>60</sup>.

Se trata de opciones que, por un lado, se ajustan a la doctrina del TEDH, y que suponen un paso atrás, desde el punto de vista de los promotores o defensores de la gestación por sustitución respecto de la última jurisprudencia de la *Cour de cassation*, pero que se dirigen a clarificar la situación jurídica, aunque sin duda de forma insuficiente.

En España, hoy en día, lo más «oficial» es el punto 7.7. del acuerdo programático entre el PSOE y Unidas Podemos, bajo el nombre de *Coalición Progresista. Un nuevo acuerdo para España*, cuyo texto reza:

«Decimos NO [sic] a los vientres de alquiler. La explotación reproductiva está prohibida en nuestra legislación, en coherencia con las recomendaciones del Parlamento Europeo. Los vientres de alquiler socavan los derechos de las mujeres, especialmente de las más vulnerables, mercantilizando sus cuerpos y sus funciones reproductivas. Y por eso, actuaremos frente a las agencias que ofrecen esta práctica a sabiendas de que está prohibida en nuestro país.»

A esta declaración de intenciones de inicio de la legislatura le han seguido múltiples manifestaciones de responsables políticos. Al margen de ellas y como iniciativa formal se encuentra la Proposición no de Ley sobre la gestación subrogada, presentada por el Grupo Parlamentario VOX<sup>61</sup>, desestimada por la Comisión de Igualdad, y a la que se habían formulado tres enmiendas: una conjunta del Grupo Parlamentario Socialista y Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, en línea con el acuerdo programático; otra de supresión del Grupo Parlamentario Republicano; y una tercera del Grupo Parlamentario Popular, en la que se insta la adopción de medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de gestación por sustitución y a respetar la Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019 y la sentencia del TEDH en el caso *Menesson*<sup>62</sup>. Leer proposición y enmiendas no deja de causar perplejidad. En una lectura benévola, resulta enternecedor ver cómo estando todos tan de acuerdo aparentan estar tan en desacuerdo; eso sí, sin entrar en detalle. En fin, frases de madera barnizada. Nada.

<sup>60</sup> Ya reproducido y citado supra nota 38. Recordemos que la regla no vale para los supuestos de adopción.

<sup>61</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 180, de 17 de noviembre de 2020.

<sup>62</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 196, de 17 de diciembre de 2020.

Llegados a este punto, quizá ya podamos decir que el ejemplo francés no es, valga el juego de palabras, ejemplar. Sin embargo, a pesar del paralelismo descrito con el caso español, en Francia sí que se aprecia un movimiento cierto al paso de las exigencias del TEDH. La jurisprudencia se ha movido con cada decisión relevante: esencialmente tras la sentencia *Menesson* y tras el Dictamen. Es claro, además, que esa jurisprudencia ha ido más allá de la doctrina del TEDH, pero en la misma dirección en la que parece ir la corte de Estrasburgo. Y es claro que el legislador francés, aunque de forma mucho más conservadora, también se está moviendo.

En España, la práctica sigue apoyándose en un raquítico artículo de una ley de 2006, cuya interpretación maximalista es incompatible con la doctrina del TEDH, en dos resoluciones del Tribunal Supremo (sobre mismo caso<sup>63</sup>) cuya compatibilidad con dicha práctica es discutida y discutible, en una Instrucción registral de 2010 derogada y revivida en 2019, cuya compatibilidad con la ley y con la doctrina del Tribunal Supremo es igualmente discutida y discutible, y en una normativa sustantiva sobre filiación natural y adoptiva, tanto estatal como autonómica, que nunca tuvo en cuenta su posible aplicación a los supuestos de gestación por sustitución y que se muestra totalmente inadaptada para darles una respuesta coherente<sup>64</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

El ya largo y fructífero diálogo entre el Estado francés y el TEDH nos ha dejado una nueva entrega que, a mi juicio, no añade nada relevante a la suma de las anteriores.

Resulta, no obstante, interesante cómo las exigencias del TEDH han sido acogidas en el país vecino. Primero, aceptando la radical impugnación de las consecuencias - difícilmente justificables con la normativa positiva en la mano- del principio *fraus omnia corrumpit* que imposibilitaba el establecimiento de la filiación biológica en los casos de gestación por sustitución. Luego, adelantándose al Dictamen y ofreciendo la vía de la adopción al progenitor de intención no vinculado genéticamente con los nacidos. Y, por último, sobrepasando las «exigencias» del TEDH y aceptado con carácter general la transcripción de las actas de nacimiento extranjeras en los registros franceses -solución también difícilmente ajustada a la normativa positiva- con

<sup>63</sup> Lo que creo relevante a efectos de la integración de la noción de jurisprudencia como elemento que «complementará el ordenamiento jurídico» según el art. 1.6 CC. No creo que podamos hablar propiamente de jurisprudencia, aunque, sin duda, no le resto un ápice de la trascendencia real que tales resoluciones han tenido y siguen teniendo en el discurso teórico.

<sup>64</sup> Paradigmático de este disparate es la aplicación del art. 136 CC a la acción impugnación de la paternidad del marido y padre interpuesta por el (otro) marido y padre con vinculación biológica con los nacidos (supra nota 57). Qué decir de los requisitos relativos al consentimiento, asentimiento, diferencia de edad, ausencia de parentesco, idoneidad, propuesta previa, etc., en materia de adopción.

independencia de la situación de los progenitores de intención. Esta última jurisprudencia no solo se acomoda mal con el Derecho vigente, sino que debería ser modificada en el caso de prosperar las soluciones previstas por el actual proyecto de ley de bioética. Digamos que la solución de la *Cour de cassation* es, al menos, una solución pacificadora desde el punto de vista de quienes recurren a la gestación por sustitución en el extranjero.

En lo que interesa a la situación en España, el silencio legislativo y la asunción de la responsabilidad de dar respuesta a las exigencias de la realidad por parte del registro civil y de los órganos judiciales acreditan una situación insostenible o, para ser fiel a la realidad, sostenible -porque se sostiene desde hace ya demasiados años- a costa de una seguridad jurídica que brilla por su ausencia.

La práctica registral no se ajusta ni a la ley ni da respuesta a toda la constelación de casos que existen. En cuanto a la práctica judicial, los grupos de casos descritos ponen bien a las claras que la actual regulación de la adopción, que no contempla la especificidad de la gestación por sustitución, crea problemas; que los otros títulos de acreditación de la filiación tampoco contemplan la especificidad de la gestación por sustitución<sup>65</sup>; que, en concreto, las acciones de filiación no contemplan la especificidad de la gestación por sustitución. Utilizarlos para dar respuestas a las exigencias del TEDH no deja de ser una especie de ejercicio de funambulismo jurídico que, contrariamente al gatopardismo, parece pretender que nada ha cambiado cuando, en realidad, el TEDH (y la realidad, que es más fuerte) lo ha cambiado todo. No se trata ya de optar entre reconocimiento o reconstrucción como alternativa<sup>66</sup>. La reconstrucción no se puede hacer con los viejos materiales de que disponemos<sup>67</sup> y el reconocimiento, aunque se enfrentase de forma directa y coherente (lo que aún no se ha hecho) puede no ser suficiente, como pone bien a las claras el caso resuelto por la citada SAP Madrid (sección 24), 7 julio 2020<sup>68</sup>. Por otro lado, y en esto también el paralelismo con la situación francesa es más que evidente, seguir manteniendo la actitud hostil en los

<sup>65</sup> Incluso eliminando el art. 10 LTRAH hay preceptos que de forma inequívoca hacen depender la maternidad del hecho del nacimiento, como el art. 235-3 CCCat.

<sup>66</sup> Utilizan esta terminología que, como hemos visto, terminó siendo una real alternativa en la práctica francesa FULCHIRON, Hugues, y BIDAUD-GARON, Christine, «Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso, de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev.crit.dr.int.pr.* (2015), pp. 1-42.

<sup>67</sup> La reivindicación no es nueva. *Vid.* FARNÓS AMORÓS, Esther «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC* (2015), pp. 5-61.

<sup>68</sup> *Cit.* supra nota 57. El tan de moda método del reconocimiento, como alternativa a las aproximaciones sobre la base de la ley aplicable (que intencionadamente he eliminado de mis reflexiones, pues solo complicaría el mensaje), nunca se ha molestado en resolver las potenciales vicisitudes ulteriores. Reconocida la filiación en el caso de la sentencia citada, ¿resultan lógicas las acciones de impugnación de la filiación?

casos internos, domésticos, y (entusiasta o resignadamente, da igual) la aperturista para los internacionales, para los importados, es algo que, aunque sistemáticamente tolerable<sup>69</sup>, resulta valorativamente poco justificable<sup>70</sup>. Además, no es ocioso recordar que, si bien la doctrina del Dictamen es genuinamente «internacional» por el supuesto sobre el que recae y la solución que proporciona<sup>71</sup>, la doctrina *Menesson* hace abstracción de tal nota de internacionalidad: el derecho de los nacidos a ver establecida su verdadera identidad biológica no sabe de lugares de nacimiento.

Como diría Miguel Gila en su célebre historieta del agente de Scotland Yard, algún legislador debería legislar algo. Y debería hacerlo ya<sup>72</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago:

- «Gestación por sustitución y orden público», *InDret* (2/2017).
- «Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución», en *Mujer, maternidad y Derecho, V Congreso sobre la feminización del Derecho Privado*. Carmona V, María Paz García Rubio, directora, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 613-647.
- «Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución», *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 101-121.

<sup>69</sup> No debe perderse de vista que la propia existencia del Derecho internacional privado da fe de un potencial (si bien no necesario en todos los casos) tratamiento diferenciado entre las situaciones privadas nacionales y las situaciones privadas internacionales (idea más desarrollada sobre este tema en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Nuevas y viejas reflexiones...», *loc. cit.*).

<sup>70</sup> Sobre todo, a la luz de los valores superiores que justifican la doctrina del TEDH. *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Luces y sombras...», *cit.*, p. 120; BOLLÉE, Sylvain, y HAFTEL, Bernard, *loc. cit.*, p. 276. Retomo aquí una paradoja destacada por estos autores que vale también en cierta medida para España: la contrapartida financiera en los casos de gestación por sustitución no afecta al reconocimiento y sin embargo sí es un obstáculo en materia de adopción: art. 370.3 *Code civil* francés, que encuentra su homólogo en art. 26.1.2º de la Ley de adopción internacional española (¿?).

<sup>71</sup> *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, «Luces y sombras...», *loc. cit.* El supuesto y la solución contemplan exclusivamente una «(la) madre de intención designada en el certificado de nacimiento *legalmente otorgado en el extranjero* como la “madre legal”».

<sup>72</sup> Los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado sobre filiación y gestación por sustitución siguen a un ritmo lento. Su estado sustantivo (los temas y posibles aproximaciones metodológicas y prácticas) puede consultarse en el Informe del Grupo de expertos sobre el proyecto Filiación/Maternidad de sustitución (reunión del 12 al 16 de octubre de 2020), Doc. Prel. Nº 2ª, de marzo de 2021. En su reunión de febrero de 2021, el grupo de expertos solicitó al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia que prolongara su mandato un año más antes de presentar un informe completo en 2023. Ambos documentos pueden consultarse en [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

ANCEL, Bertrand, «L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée», *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, París, 2012, pp. 1-9.

BARBA, Vincenzo, «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), núm. 1, pp. 69-101.

BOLLÉE, Sylvain, Nota a Sentencia de 17 de diciembre de 2008, *Jour.dr.int.* (2009), pp. 577-586.

BOLLÉE, Sylvain, y HAFTEL, Bernard, «L'art d'être inconstant. Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui», *Rev.crit.dr.int.pr.* (2020), pp. 267-283.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *CDT*, (marzo 2011), pp. 247-262.

ECHR:

- *Annual Report. European Court of Human Rights. 2020*, Texto accesible en [www.echr.coe.int/](http://www.echr.coe.int/).

- Refusal to register the birth details of a child born abroad through surrogacy not in breach of the right to respect for private life, in so far as a legal parent-child relationship can be established through adoption, ECHR 215 (2020) 16.07.2020]. Texto accesible en [www.echr.coe.int/](http://www.echr.coe.int/).

- *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence*, Updated on 31 August 2020. Texto accesible en [www.echr.coe.int/](http://www.echr.coe.int/).

FARNÓS AMORÓS, Esther, «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC* (2015), pp. 5-61.

FULCHIRON, Hugues, y BIDAUD-GARON, Christine, «Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso, de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev.crit.dr.int.pr.* (2015), pp. 1-42.

GUILLAUME, Johanna, «La saga Mennesson: les premières fois...», *Recueil Dalloz*, 24 octobre 2019 -nº 36.

HEYMANN, Jeremy, y MARCHADIER, Fabien, «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.*, 4 (2019), pp. 1149-1164.

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, «Gestación por sustitución en España y turismo reproductivo», *Almacén de Derecho*, entrada de 22 de julio de 2019 (accesible en [almacenederecho.org](http://almacenederecho.org)).

LAGARDE, Paul, Nota a Sentencia de 17 de diciembre de 2008, *Rev.crit.dr.int.pr.* (2009), pp. 320-331.

LEROYER, Anne-Marie:

- «La victoire des Mennesson», *RTDCiv* (oct-nov 2019), pp. 841-844.

- «Personnes et droit de la famille», *RTDCiv* (oct-dec, 2020), pp. 850-868.

MARGUENAUD, Jean Pierre, «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», *RTDCiv* (2019), pp. 286 y ss.

PARICARD, Sophie, «La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA: un schisme entre loi et jurisprudence», *Recueil Dalloz*, 27 febrero 2020 – nº 7.

SUDRE, Frédéric, «Reconnaissance du lien de filiation maternel des enfants nés par GPA: la Cour EDH, choisit l'adoption. À propos de CEDH, 16 juill. 2020, nº 11288/18, D.c/France», *La Semaine Juridique*, Nº 37 (2020), pp. 1506-1508.

Fecha de recepción: 12.04.2021

Fecha de aceptación: 17.06.2021