

idea, habría que reflexionar si el recurso al TEDH en estos casos no se ha hecho más habitual de lo deseado.

6. En definitiva, en este caso concreto los mecanismos arbitrados por el sistema interno eslovaco no permiten canalizar un sistema adecuado de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980 —obstaculizando su efecto y propósito— y no garantizando al demandante el respeto a su vida privada y familiar contenido en el art. 8 del CEDH.

Mónica HERRANZ BALLESTEROS  
UNED

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.02>

2015-3-Pr

**FILIACIÓN.—Gestación por sustitución.—Inscripción en el Registro Civil.—Orden público internacional.—Derecho a la vida familiar.—Derecho a la vida privada.**

Preceptos aplicados: art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

**Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5.<sup>a</sup>), de 26 de junio de 2014, asuntos núm. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, y núm. 65941/11, *Labassee c. Francia*.** Presidente: Mark Villiger.

**F.: *hudoc.echr.cie.int*.**

*Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire [...]. Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.*

*Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des [...] requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu.*

**Nota.** 1. El primer semestre de 2014 marca diversos hitos jurisprudenciales en el ámbito de la gestación por sustitución que, si bien próximos en el tiempo, son distantes en la solución. En España, la STS de 6 de febrero de 2014 invocó el orden público internacional para rechazar la filiación establecida por esta vía (*REDI*, 2014-28-Pr, pp. 273-277, con nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ). Poco después, se dictan las sentencias del TEDH objeto de este comentario que limitan esta invocación como causa de rechazo a las filiaciones ya determinadas conforme a una ley extranjera. En el origen de dichas decisiones se encuentra la negativa de las autoridades francesas a la inscripción en el Registro civil de aquel país de las niñas nacidas en Estados Unidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución y cuya filiación había sido establecida por los tribunales norteamericanos a favor de dos matrimonios franceses. Se cuestiona

ante el TEDH la supuesta vulneración que esta decisión produce en el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, mostrándose el Tribunal Europeo contrario a admitir una violación del derecho a la vida familiar de los padres intencionales, pero admitiendo que sí se produce una infracción en el derecho a la vida privada de los menores.

Frente a su jurisprudencia anterior (Sentencia de 28 de junio de 2007, asunto *Wagner c. Luxemburgo* y en la Sentencia de 3 de mayo de 2011, asunto *Negrepontis-Giannissi c. Grecia*), basada en la protección de la vida familiar y la protección de las expectativas legítimas para el reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero, el TEDH toma ahora otro referente: no el de los padres intencionales y sus derechos, sino el interés del menor en el caso concreto y la protección de su derecho a la vida privada.

2. El rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución en el extranjero no produce una vulneración del derecho a la vida familiar de los padres intencionales, en la medida en que, en todo caso, los menores permanecerán con los padres intencionales y se mantendrá, por tanto, la convivencia habida hasta la fecha. Tal conclusión es plenamente consecuente con la consolidada línea jurisprudencial 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, desde la perspectiva de la protección de la vida familiar, el reconocimiento de un vínculo jurídico de filiación, siendo posible cualquier otra vía que no conlleve la separación de los menores de los padres intencionales con los que lleva conviviendo desde el principio. En este mismo contexto se sitúa también la STS de 6 de febrero de 2014, que expresamente trata de salvar la situación generada *ex post* con la situación del menor buscando medidas alternativas que, de hecho y de Derecho, acaben posibilitando el mantenimiento del menor en el ámbito de la «familia» intencional. Por ello, es difícil derivar automáticamente una vulneración del derecho a la vida familiar por el rechazo al reconocimiento de la filiación por gestación por sustitución.

3. El rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución sí produce, sin embargo, una vulneración en el derecho a la vida privada de los menores. Tal es la principal conclusión del TEDH. Se parte de la filiación como uno de los elementos que integran la identidad y, desde esa perspectiva, el tratamiento que se le dé al vínculo jurídico sí resulta relevante en esta sede. 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 evidencian las dificultades derivadas del rechazo al reconocimiento de la filiación ya establecida en Estados Unidos: los mismos menores serán considerados hijos de los padres intencionales desde la perspectiva del Derecho norteamericano (conforme a la legislación de California o de Minnesota, según los casos) y, sin embargo, verán negada tal cualidad en el Estado de acogida (Francia, en el asunto *Menesson*, o España, en el asunto del TS). Este hecho determina una infracción del derecho a la identidad única del que se derivan diversas consecuencias, tal y como expone el propio TEDH, entre ellas en relación con la adquisición de la nacionalidad o los derechos sucesorios. Es cierto que en los casos *Menesson* 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 ésta tiene un

origen biológico. Debe hacerse y está justificada una lectura más ambiciosa de estas sentencias, dado que el criterio sentado 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 los menores.

4. 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 [KINSCH, P., «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad - Private International Law Rules and European Human Rights Law», en BOELE-WOELKI, K. *et al.* (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr*, Países Bajos, Eleven International Publishing, 2010, pp. 259-275, especialmente pp. 272 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en FORNER DELAYGUA, J. *et al.* (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90, p. 89]. Con la jurisprudencia *Menesson* 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.

5. 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 (PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P., «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *REDE*, 2014, núm. 51, pp. 9-44, pp. 38 y ss.).

El primer impacto evidente de esta jurisprudencia se ha hecho ya notar en un «retorno» a la Instrucción DGRN, de 10 de octubre de 2010, a partir de las directrices establecidas por el Ministerio de Justicia en julio de 2014 (VELA SÁNCHEZ, A. J., «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español», *La Ley*, núm. 8415, de 6 de noviembre de 2014), asumiendo expresamente la incidencia de la jurisprudencia del TEDH y neutralizando una posible consolidación de la línea abierta por el TS en su Sentencia de 6 de febrero de 2014.

El segundo impacto se verá en relación con la tramitación de la, enésima, reforma del Registro Civil que reitera un planteamiento restrictivo respecto al reconocimiento de la filiación por gestación por sustitución (el art. 44, apdo. 7 de la Ley de Registro Civil en la versión del Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, *BOCG*, núm. A-101-1, de 23 de junio de 2014). La analizada jurisprudencia *Menesson* también incidirá, sin duda, en la tramitación de este Proyecto y así parece haberse asumido por el Ministerio de Justicia que ha anunciado una «autoenmienda» a este Proyecto precisamente para

adecuarlo a la jurisprudencia TEDH (cfr. Diario de Sesiones, *BOCG*, núm. 248, de 11 de diciembre de 2014, p. 30).

La realidad de los hechos, el contexto social, la tendencia en Derecho comparado y ahora también la jurisprudencia del TEDH conducen al mismo resultado, que es la inevitable asunción de la gestación por sustitución también en nuestro Derecho. Ahora sólo queda por decidir el cómo.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO  
Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.3b.03>

## 2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

### 2.1. Competencia externa de la Unión Europea

2015-4-Pr

**CONVENIOS INTERNACIONALES.—Competencia exclusiva de la UE.—Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.—Aceptación de la adhesión de nuevos Estados parte.**

Preceptos aplicados: arts. 3.2, 218.1, 218.11, 258 TFUE; Reglamento 2201/2003.

**Tribunal de Justicia (Gran Sala), Dictamen 1/2013, de 14 de octubre de 2014.**  
Ponente: J. Malenovský.

**F: *curia.europa.eu*.**

*La aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, es competencia exclusiva de la Unión Europea.*

1. De nuevo un Dictamen del Tribunal de Justicia que afecta a un Convenio de DIPr vuelve a ofrecernos una oportunidad singular para valorar el reparto concreto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros respecto de relaciones con terceros Estados. Un tema jurídico y político se ha resuelto en términos poco jurídicos o, por ser más ajustado a la valoración que me propongo hacer, poco convincentes en términos jurídicos. Se trata del Dictamen 1/13 del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 14 de octubre de 2014, por el que el TJ estableció que la aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1980, es competencia exclusiva de la Unión Europea. La respuesta y los argumentos que la sustentan no son en modo alguno originales. El Dictamen del Tribunal 1/03, de 7 de febrero de 2006, sobre Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano, había abierto una gran puerta a respuestas de este estilo.

La Comisión había adoptado ocho propuestas de Decisión del Consejo relativas a las declaraciones de aceptación por parte de los Estados miembros de otras tantas adhesiones de terceros Estados al citado Convenio de La Haya. Dado que se trata de un Convenio al que la Unión no puede adherirse, pues esta posibilidad no se contempla, y dado que la Unión habría regulado la materia contemplada a través del Reglamen-