

## Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014

### INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Por primera vez, el TEDH ha debido pronunciarse sobre el alcance y la trascendencia en el establecimiento de la filiación de la gestación por sustitución. En dos sentencias similares, cuyos fundamentos jurídicos en buena parte coinciden, el alto Tribunal ha considerado que el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor.

En ambos casos, se trataba de matrimonios heterosexuales de origen francés que ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución habían recurrido a dos estados de EE. UU. en que esta práctica es legal (California y Minnesota). En los dos casos el semen lo habían aportado los respectivos maridos y el óvulo procedía de donante. Aunque en los estados de EE. UU. en que nacieron los niños los padres intencionales constaban a todos los efectos como sus padres legales, en Francia, se les denegó el acceso al Registro Civil por considerar que esto atentaba contra el orden público internacional francés. Aun así, habían podido vivir en Francia como verdaderas uniones familiares, aunque sin ser reconocidos los hijos como ciudadanos franceses.

El TEDH considera que denegar la inscripción en el Registro Civil francés de estos niños vulnera el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que se derivan de la misma. Más cuando, como recalcan ambas sentencias, los niños en los dos casos eran hijos biológicos de los padres y las autoridades francesas se negaron a reconocer este hecho, vulnerando claramente un derecho básico del menor:

79. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt *Jäggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre la troisième requérante et son père biologique n'a pas été admis à l'occasion des demandes de transcription de l'acte de naissance et de l'acte de notoriété, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également

sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 25 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de son lien de filiation à l'égard de son père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

80. 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 de la troisième requérante au respect de sa vie privée a été méconnu. *Caso Labassee*.

100. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt *Jäggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

101. 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 troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu. *Caso Mennesson*.

Hay que tener en cuenta que el TEDH reconoce, como no podía ser de otro modo, el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que en este caso rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas. Estas consideraciones introducen un matiz muy relevante, porque ¿qué hubiera sucedido si las autoridades francesas sí hubieran aceptado desde el principio la paternidad biológica alegada y, por tanto, respecto del padre de origen francés hubiera quedado acreditada la filiación? ¿Qué sucedería respecto de la madre intencional que no aportó su óvulo ni gestó? ¿Podría en ese caso ella también quedar reconocida como madre legal, accediendo como tal al Registro Civil francés sin necesidad de realizar ningún trámite intermedio (adopción o posesión de estado)? O, ¿qué sucedería si

ninguno de los padres intencionales hubiera aportado su material genético? Las preguntas no son baladíes, pues, dependiendo de una u otra respuesta, variaría el alcance de estas sentencias. Dicho con otras palabras, la STS de 6 de febrero de 2014 ¿estaría o no en la línea de estas sentencias? Porque en este caso nunca se negó que pudiera acceder al Registro Civil como padre biológico el miembro de la pareja que aportó su esperma, algo que sí se hizo en los casos analizados en Francia, lo que a la postre inclinó la balanza hacia esta decisión.

De otro lado, el TEDH no considera que se haya violado el derecho al respeto a la vida familiar de los padres intencionales, dado que, en ambos casos, habían podido vivir como familia, aunque jurídicamente no se les hubiera reconocido el vínculo legal de filiación entre ellos y sus hijos.

En un debate que en España está tan vivo sobre el reconocimiento de la gestación por sustitución como una técnica más de reproducción asistida que pueda dar lugar a la filiación, las sentencias del TEDH han servido para rearmar a los movimientos que desde hace años, de un lado, promueven el reconocimiento en España de los hijos que hayan nacido en el extranjero a través de esta técnica (Son Nuestros Hijos: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/>) y, de otro, a quienes solicitan que se modifique la legislación española reconociendo la gestación por sustitución como una vía más para acceder a la paternidad/maternidad (Gestación subrogada en España: <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/>). Lo que está claro es que para que el alcance de las sentencias del TEDH sea indubitado es necesario realizar modificaciones legislativas, ya sea modificando la todavía no vigente Ley del Registro Civil desde la perspectiva del reconocimiento de las filiaciones que se han acreditado en el extranjero, ya desde la modificación de la [Ley 14/2006 de reproducción humana asistida](#), derogando el artículo 10 y al tiempo ofreciendo una regulación específica sobre el alcance y contenido de esta técnica y su influencia en el establecimiento de la filiación. Se trataría, en definitiva, de añadir la filiación intencional a la filiación natural y a la filiación adoptiva que son las únicas que hasta el momento se contemplan en España.

Antonia DURÁN AYAGO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de Salamanca  
[aduran@usal.es](mailto:aduran@usal.es)