- LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS -

© A-.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ 2020

1. ***La tesis del TEDH. El orden público internacional del Estado de destino no debe impedir, sistemáticamente, los efectos legales en dicho Estado de destino de la filiación acreditada en el extranjero en relación con los nacidos tras una gestación por sustitución***. Puede afirmarse, en síntesis, que el TEDH sostiene lo que sigue.

(a) No puede emplearse la cláusula de orden público internacional para rechazar de modo sistemático, en un Estado parte en el CEDH, los efectos jurídicos de la filiación de un menor legalmente establecida en el extranjero en casos de gestación por sustitución.

(b) Es más, afirma el TEHD que la admisión en el Estado de destino, España, de la filiación acreditada en otro país en relación con nacidos en virtud de gestación por sustitución constituye una solución necesaria para defender, proteger y promover el interés superior del menor (STEDH 26 junio 2014, 65192/11, *Mennesson vs. Francia*; STEDH 26 junio 2014, 65941/11, *Labassee vs. Francia*; STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*; STEDH 21 julio 2016, *Foulon y Bouvet vs. Francia*; (*Advisory Opinion Grand Chamber* TEDH 10 abril 2019; Decisión TEDH (Sección quinta) de 19 noviembre 2019 [gestación por sustitución en Estados Unidos y Ghana]). Sólo así se salvaguarda, en primer lugar, el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, y en segundo lugar, el derecho a la vida familiar de dicho menor y de los sujetos que tomaron la decisión de ser sus padres ("*parents d'intention*" / "*intended parents*").

(c) Sólo en casos extremos, tales como compraventas de menores, explotación o engaños a la madre gestante, etc., se puede recurrir al orden público internacional del Estado de destino para denegar el reconocimiento de la filiación de estos menores ya fijada en el Estado de origen, y no por sistema.

2. ***Los argumentos del TEDH***. El TEDH sostiene su tesis sobre varios argumentos que extrae del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 noviembre 1950.

1º) *Respeto a la identidad personal a través de las fronteras estatales (art. 8.1 CEDH)*. El menor nacido en el extranjero tras una gestación por sustitución tiene legalmente atribuida en dicho país extranjero una identidad jurídica, una filiación y unos nombres y apellidos. Si dicha identidad no se admite en el Estado de destino se vulnera el derecho a la vida privada del menor que comprende el derecho a su "identidad personal". En este sentido, la muy acertada sent. Cass. Italia 21 junio 2016 indica que es un derecho fundamental del menor la conservación de su filiación legítimamente adquirida en otro Estado, de modo que es irrelevante que la gestación por sustitución sea ilegal en el Estado en el que ahora interesa hacer valer la filiación del menor. En igual sentido se pronuncia la Sent. Cass. Italia 17 noviembre 2016 [gestación por sustitución en Ucrania] y la Sent. Cass. Italia 30 septiembre 2015 [hija de dos mujeres nacida en España]: "*diritto alla continuità dello status filiationis validamente acquisito all'estero*". Indica, también, la Ordinanza Corte di Appello di Milano [Italia] 25 julio 2016 [gestación por sustitución] que el CEDH 1950 obliga a los Estados partes a reconocer y tutelar "*l'identitá personale di un minore seppure nato atraverso la prattica, vietata nello Stato membro, della maternità surrogata*" de modo que el menor debe protegerse con independencia de sus vínculos biológicos con los padres de intención, pues el art. 8 CEDH protege a todos los menores con independencia de que hayan nacido por maternidad surrogada o no). Como indicó la muy famosa y también acertadísima sentencia de la Superior court of California, Family Law Division de 27 agosto 1997, *In Re Buzzanca*, "*the*

baby is here. All the matter is what is best for him now that he is here and not how he is arrived...."). El menor tiene derecho a seguir siendo, en el Estado de destino, la misma persona que es en el Estado de origen. Si se rechaza su filiación en el Estado de destino el menor tendrá nombres distintos y padres distintos en España y en el Estado de origen. Carecerá de una identidad única, y tiene derecho a ella según el art. 8.1 CEDH. El menor tiene derecho a que la filiación legalmente establecida en el Estado de origen sea admitida al Estado de destino: (a) En el caso de que uno de los "padres de intención" sea además progenitor biológico del menor, dicho ligamen biológico es suficiente para que se acepte su filiación en el Estado de destino. El Estado de destino no puede negar la filiación del menor paterna que resulta del principio de veracidad biológica, que es esencial en el art. 8.1 CEDH y también en el Derecho civil español; (b) En el caso de que se trate de un "padre de intención" sin vínculo biológico con el menor, el Estado de destino debe implementar una "*vía legal veloz y efectiva*" para aceptar la filiación de dicho menor, bien mediante la transcripción directa del acta registral o sentencia extranjera en la que consta dicha filiación en los Registros civiles del Estado de destino, o bien mediante "adopción el menor" por parte del padre de intención no biológico En todo caso, pues, el Estado de destino debe examinar las circunstancias del caso concreto y decidir qué vía es la más apropiada para el interés superior del menor (*Advisory Opinion Grand Chamber* TEDH 10 abril 2019; Decisión TEDH (Sección quinta) de 19 noviembre 2019 maternidad surrogada en Estados Unidos y Ghana). En esta línea, siquiera parcialmente, la sent. Corte Cassazione Italia 8 mayo 2019 [hijo por naturaleza nacido en Ontario de dos varones italianos] indica que no puede reconocerse en Italia la filiación de un nacido tras gestación por sustitución en Ontario respecto del "padre intencional" que no tiene ligamen biológico con el menor, pues ello vulneraría el orden público internacional italiano al perjudicarse la "dignidad humana de la madre biológica, mujer gestante". Sin embargo, la sentencia indica que puede procederse a la adopción del menor en Italia por su "padre de intención" en "casos particulares". Es cierto que esta adopción (art. 44 Legge 184/83) es una adopción menos plena, una adopción de serie B, lo que coloca al menor en una situación no deseable y antijurídica, pues no es hijo del adoptante a todos los efectos legales, de modo que se interrumpe, así, el status legal que el menor tenía en el Estado de origen, lo que no encaja con la jurisprudencia del TEDH. En el supuesto de dos mujeres "progenitoras intencionales", en el que una de ellas había proporcionado los ovocitos y la otra había gestado al menor, la Cassazione italiana había reconocido la filiación de ambas mujeres como "madres" porque las dos habían participado en un "proyecto común procreativo", de modo que ambas tenían un ligamen biológico con el menor y no existía, en realidad, ninguna "gestación por sustitución" (Sent. Cass. Italia 15 junio 2017).

2º) *Respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH)*. Como regla general, el reconocimiento en el Estado de destino de la filiación legalmente establecida en el Estado de origen es necesario para garantizar el derecho de tales menores a su "vida familiar". En efecto, con frecuencia, los "*intended parents*" y los niños constituyen y se han comportado como una “familia” durante años. Existe, pues, una “familia” legalmente constituida en el Estado de origen (= EE.UU. en los casos *Labasse* y *Mennesson* y Rusia en el caso *Paradiso et Campanelli*), y que vive como tal, esto es, como una familia. Puede suceder, como así aconteció en los casos *Labasee* y *Mennesson*, que aunque la filiación de los menores establecida en los EE.UU no se reconoció en Francia, quedó probado que los "*intended parents*" y los menores pudieron vivir normalmente durante años en Francia como una verdadera "familia", sin restricción legal alguna. En tal supuesto, indica el TEDH, Francia no ha vulnerado el CEDH y por ello, el TEDH no condenó a Francia por vulnerar el derecho a una "vida familiar" de los menores y sus "*intended parents*". La familia formada en el Estado de origen tiene derecho a vivir como una familia en el Estado de destino. Si no se admite en el Estado de destino la filiación del nacido tras una gestación por sustitución, legalmente determinada en otro país, puede ser que el menor no

pueda vivir con sus padres, con lo que se infringe el derecho a la vida familiar. Si se rechaza en el Estado de destino el reconocimiento de la filiación establecida en el Estado de origen y se comprueba que ello ha supuesto que los menores y sus "*intended parents*" no han sido considerados como una "familia" en el Estado de destino y/o no son tratados y protegidos como tales, por ejemplo, porque los niños han sido separados de sus "*intended parents*", entonces sí se produce una vulneración del derecho a una vida familiar (art. 8 CEDH) y el Estado parte deberá ser condenado por el TEDH (STEDH 26 junio 2014, 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 66).

3º) *Respeto al interés superior del menor*. La no admisión de tal filiación en el Estado de destino comporta perjuicios legales para el menor. Puede carecer de nacionalidad, no dispone de derechos sucesorios respecto de los comitentes, etc. Visto que la nacionalidad depende, con gran frecuencia, de la filiación, si no se admite ésta tal y como se determinó en el Estado de origen, los menores pueden carecer de nacionalidad. Y la nacionalidad constituye un elemento de la identidad de la persona (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli*, FD 85; STEDH 26 junio 2014, 65941/11, *Labassee vs. Francia* FD 76). Al no ser considerados, en el Estado de destino, "hijos" de sus "*intended parents*", estos niños no pueden heredar de los mismos a título de "hijos". Podrán recibir bienes *mortis causa* pero a título de legatarios, esto es, como si fueran "terceros" y no "hijos" del causante, lo que perjudica sus derechos hereditarios. El principio del "interés del menor", que es un principio "superior" del ordenamiento jurídico español, se impone sobre cualquier otro, como la lucha contra el *Forum Shopping* o la defensa de la autoridad de la Ley o el control de la ley aplicada por la autoridad extranjera con arreglo a las normas de conflicto españolas (C. MAYER) (Sent. Corte di Cassazione Italia n. 14878/17) de 15 junio 2017 [filiación en el Reino Unido a favor de dos mujeres]). La denegación de efectos jurídicos a esta filiación es "catastrófica para el menor en cuestión" (P. LAGARDE). Debe recordarse que el principio del "interés superior del menor" está contenido en la Constitución española y en textos internacionales como la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989. Este principio está contenido, por tanto, en texto de superior rango jerárquico a una Ley como la Ley 14/2006. Debe aplicarse con preferencia a lo dispuesto en dicha Ley por razones de jerarquía normativa y jerarquía valorativa. Este principio no constituye una pauta extra-legal que puede destruir lo que marca la Ley española. Todo lo contrario: este principio está contenido en normas jurídicas clarísimas de rango jerárquico muy elevado y es la Ley española la que debe ajustarse a dicho principio, todo ello en el caso concreto.

4º) *Concepción restrictiva y específica del orden público internacional*. En consecuencia, la posición del TEDH significa que: (a) Sólo si se prueba que el menor ha sido objeto de comercio, que la madre gestante fue engañada y prestó un consentimiento no informado, o que vendió sus servicios con exclusivo ánimo de lucro y percibió beneficios indebidos o que la mujer gestante fue obligada a prestar sus servicios porque concurrió intimidación, violencia, o porque su situación de pobreza hizo que tuviera que aceptar su papel de mujer gestante o bien, finalmente, que la mujer gestante no quiso en ningún momento renunciar a su patria potestad sobre el menor, será entonces posible invocar el orden público internacional del Estado de destino y negar los efectos legales, en tal Estado, de la filiación legamente atribuida en el Estado de origen; (b) Estas circunstancias sólo pueden valorarse en el caso concreto porque en toda intervención del orden público internacional, los datos del caso son relevantes. En este mismo sentido, se ha pronunciado la Sent. corte d'appello Bari 13 y 25 febrero 2009 [una decisión inglesa que atribuye la maternidad legal a una mujer que no fue la que dio a luz al menor, todo ello en virtud de un acuerdo de maternidad subrogada, debe ser transcrita al Registro Civil italiano en virtud del interés superior del menor, que constituye el "*parametro di*

valutazione della contrarietà o meno di un atto straniero all'ordine pubblico internazionale"], y mucho antes la RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y padres españoles]).

3. *Las conclusiones del TEDH*. En suma, las conclusiones que alcanza el TEDH sobre esta cuestión pueden articulares en estas proposiciones.

1º) *Regulación de la gestación por sustitución en los casos internos*. Los Estados partes en el CEDH 1950 son libres para regular en sus legislaciones internas, como tengan por conveniente, la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución. El CEDH 1950 no obliga a ningún Estado a reformar su legislación y a admitir esta filiación de estos niños nacidos en virtud de esta técnica de reproducción asistida. Los Estados partes pueden, por tanto, si así lo deciden, negar la filiación de los niños nacidos en virtud de gestación por sustitución en relación con sus "*intended parents*" (STEDH 26 junio 2014, 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 56).

2º) *Normas para desincentivar el turismo procreativo y la gestación por sustitución en el extranjero por parte de residentes en un Estado. El orden público internacional*. Los Estados partes en el CEDH 1950 son también libres para adoptar reglas y normas que tratan de impedir que los particulares acudan a otros países donde las prácticas de gestación por sustitución se permiten y logren, así, "burlar" la aplicación de la Ley nacional que prohíbe estos contratos, que castiga estas conductas y que rechaza esta filiación. Dicho esto, varios aspectos concretos deben subrayarse.

Primero. En principio, los Estados partes pueden negar, en su orden jurídico, los efectos legales de la filiación establecida en otros Estados respecto de nacidos en virtud de gestación por sustitución (STEDH 26 junio 2014, 65941/11, *Labassee*, FD 58). El art. 8.2 CEDH así lo permite. Esto es, en presencia de determinadas circunstancias un Estado parte puede denegar dicho reconocimiento a pesar de que con ello se vulnere el principio de no injerencia del Estado en la vida familiar y/o en la vida privada.

Segundo. Dicha negativa al reconocimiento de la filiación legalmente constituida en otro país tiene lugar, en los casos internacionales regulados por normas de DIPr., a través de la típica y tradicional cláusula de "orden público internacional". En efecto, un Estado parte puede entender que reconocer en dicho Estado la filiación constituida en otro país en relación con un nacido en virtud de gestación por sustitución daña la estructura jurídica fundamental de su sociedad y de su ordenamiento jurídico. En tal caso, las autoridades del Estado de destino activan el orden público internacional de su Estado y deniegan dicho reconocimiento.

Tercero. Ahora bien, debe quedar bien claro que dicha negativa a dar efectos a dicha filiación mediante el recurso al orden público internacional del Estado de destino no puede operar como una regla sistemática, axiomática, algebraica, abstracta y general. La activación del orden público internacional debe ser razonada y proporcionada y debe respetar los derechos recogidos en el Convenio de 4 noviembre 1950. El art. 8.2 CEDH impone que las restricciones a dicho reconocimiento de filiación derivadas de una intervención del orden público internacional del Estado de destino deben estar debidamente justificadas. Con otras palabras, puede afirmarse que el recurso al orden público internacional no opera como un "cheque en blanco" concedido al Estado de destino para denegar los efectos de la filiación extranjera en su orden jurídico simplemente porque la gestación por sustitución está prohibida en el Derecho de ese Estado de destino (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli*, FD 80). Para el TEDH, la admisión, en el Estado de destino, de la filiación de estos menores destino es siempre necesaria para respetar la vida privada de los menores y su identidad, y puede ser necesaria, en su caso, también para proteger la vida familiar de los menores y de sus comitentes. Sólo en casos extremos, tales como compraventas de menores, explotación o engaños a la madre gestante, etc., justificados en el caso concreto, se puede recurrir al orden

público internacional del Estado de destino para denegar el reconocimiento de la filiación de estos menores ya fijada en el Estado de origen, y no por sistema. La intervención del orden público internacional debe ser, siempre, razonable y proporcionada, esto es, sólo en los casos antes señalados de engaños o explotación a la mujer gestante y similares.

Cuarto. El reconocimiento de la filiación de estos menores en el Estado de destino debe aceptarse para salvaguardar, en primer lugar, el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, y en segundo lugar, el derecho a la vida familiar de dicho menor y de los sujetos que tomaron la decisión de ser sus padres ("*parents d'intention*" / "*intended parents*"). La falta de reconocimiento, en el Estado de destino, de la filiación de estos menores tal y como ha sido concretada en el Estado de origen, lesiona el derecho a la identidad de dichos menores. En efecto, la "identidad de la persona" forma parte de su derecho a una "vida privada". El respeto al derecho a una "vida privada" exige que todas las personas dispongan de los datos de su identidad como ser humano, entre los cuales se encuentra su filiación (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli*, FD 85; STEDH 26 junio 2014, 65941/11, *Labassee*, FD 75; muy interesante Ordinanza Corte di Appello Trento [Italia] 2 febrero 2017 [nacido en Estados Unidos a través de GPA y reconocimiento de la filiación en favor de dos varones italianos]). Se trata de que se respete tanto la identidad "física" como la identidad "social" de la persona (STEDH 26 junio 2014, 65941/11, *Labassee*, FD 38). Pues bien, la falta de este reconocimiento de filiación supone una evidente lesión al derecho a la identidad de los menores. El no reconocimiento de la filiación de los menores supone que éstos quedan en una situación de "incertidumbre jurídica". Los menores no son considerados hijos de sus "padres de intención" a pesar de que viven con ellos y con ellos forman una familia y a pesar de que son considerados "hijos" de tales padres en el Estado de origen. Al cruzar la frontera, la identidad de los menores cambia (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee*, FD 75). Debe subrayarse que el TEDH enfatiza el hecho de que, cuando la persona titular de los derechos recogidos en el CEDH 1950 es un menor, el interés superior del menor constituye un valor a defender por encima de cualquier otro interés. En definitiva, la lesión al derecho de los menores a su identidad en la sociedad francesa (= sociedad del Estado de destino) comporta perjuicios jurídicos y fácticos evidentes para tales menores: (i) los menores son considerados hijos de unas determinadas personas en el Estado de origen pero no son considerados hijos de esas mismas personas en el Estado de destino; (ii) Al seguirse el criterio del *jus sanguinis* en numerosos Estados de destino, los niños carecen de la nacionalidad de sus *intended parents*, pues ésta depende de su filiación, y si no se admite ésta tal y como se determinó en el Estado de origen, los menores carecerán de nacionalidad francesa. Y la nacionalidad constituye un elemento de la identidad de la persona (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, FD 85; STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia* FD 76); (iii) Al no ser considerados, en el Estado de destino, "hijos" de sus "*intended parents*", estos niños no pueden heredar de los mismos a título de "hijos". Podrán recibir bienes *mortis causa* pero a título de legatarios, esto es, como si fueran "terceros" y no "hijos" del causante, lo que perjudica sus derechos hereditarios.

- **CASO**. ***Gestación por sustitución en California***. Varón y mujer españoles, casados entre sí, se trasladan a California. Allí contratan los servicios de una madre por sustitución, que gesta al hijo concebido con el material genético de ambos y da a luz tras los nueve meses reglamentarios. El nacido en California es inscrito en el Registro Civil de California en el que se hace constar que sus padres son la pareja española. Se desea ahora instar la inscripción del nacimiento y de la filiación de dicho menor en el Registro Civil español por transcripción de la certificación registral californiana. **Solución** → Ello no debería encontrar obstáculos. La certificación registral norteamericana no vulnera el orden público internacional español, ya que asegura que los nacidos no queden privados de una filiación, permite que tampoco queden privados de su filiación en relación con el sujeto que es su padre genético, e impide

que la filiación de los menores y la determinación de quiénes son sus padres cambien cada vez que los menores cruzan la frontera, lo que perjudicaría el derecho a la identidad del menor. Tampoco puede esgrimirse el argumento del *Bad Forum Shopping*: la pareja española no acudió a las autoridades californianas con el solo objetivo de obtener una certificación registral con una determinada filiación, ya que el caso presenta conexiones objetivas con California: el menor nació en California, la madre gestante será, normalmente, nacional norteamericana y en California tuvo lugar todo el proceso de gestación por sustitución. La DGRN, en la práctica, exige que los interesados obtengan una sentencia judicial californiana en la que conste la filiación de tales personas en relación con el nacido (Instrucción DGRN 5 octubre 2010, STSJ Madrid CA 13 marzo 2017 [filiación de nacido mediante gestación por sustitución en Rusia]).

4. *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y gestación por sustitución*. El TEDH ha dictado diversas e importantes sentencias relativas a los efectos jurídicos en un Estado parte de una filiación establecida en otro Estado respecto de niños nacidos en virtud de técnicas de gestación por sustitución (STEDH 26 junio 2014, 65192/11, *Mennesson vs. Francia*; STEDH 26 junio 2014, 65941/11, *Labassee vs. Francia*; STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*).

5. *Los casos suscitados ante el TEDH: "Labasee" y "Mennesson" (2014) y "Paradiso e Campanelli" (2015-2017)*.

1º) *Los dos casos franceses*. Los dos "casos franceses" sobre los que se ha pronunciado el TEDH presentan caracteres similares (STEDH 26 junio 2014, 65192/11, *Mennesson vs. Francia* y de la STEDH 26 junio 2014, 65941/11, *Labassee vs. Francia*). Se trataba de matrimonios formado por ciudadanos franceses, marido y mujer, que se trasladaron a los EE.UU y contrataron los servicios de otra mujer, madre subrogada. Tras la implantación de embriones, en un caso, la mujer gestó y dio a luz dos niñas gemelas (= caso *Labasee*) y en el otro caso gestó y dio a luz a una niña (= caso *Mennesson*). En ambos casos, el material genético paterno correspondía al marido de la pareja francesa, esto es, al Sr. Labasee y al Sr. Mennesson. En ambos casos, de nuevo, tribunales de California y de Minnesota declararon respectivamente, por sentencia judicial, que cada una de las parejas francesas eran los padres legales de las respectivas niñas con arreglo al Derecho de los EE.UU. Los ciudadanos franceses instaron la inscripción de esta filiación en el Registro Civil francés. Tras diversas y tortuosas vicisitudes y batallas judiciales y registrales, la *Cour de Cassation* francesa denegó la inscripción de la filiación de las niñas en el Registro Civil francés. La *cour de cassation* consideró que la gestación por sustitución es un contrato afectado de nulidad radical por infracción del orden público francés. La *cour de cassation* aplicó el art. 16-7 y 16-9 del Código Civil francés. El primer precepto indica que "*[t]oute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*" y el segundo deja claro que la anterior norma constituye una norma imperativa, no disponible por las partes, y de observancia obligatoria en todos los casos (= "*disposition d'ordre public*"). La *cour de cassation* utilizó el mecanismo del orden público internacional para rechazar el reconocimiento de las sentencias norteamericanas que establecían la filiación de las niñas en relación con sus *intended parents*. Vista la negativa a la inscripción registral y al reconocimiento de la filiación de las niñas, los ciudadanos franceses recurrieron contra dichos pronunciamientos de la *cour de cassation* ante el TEDH. A su parecer, la denegación del reconocimiento de las sentencias norteamericanas que establecían la filiación de los niños nacidos en los EE.UU en virtud de gestación por sustitución, vulneraba el art. 8 CEDH. Dicho precepto indica que los Estados partes en el CEDH deben respetar "la vida privada y familiar" de las personas. Al ser menores varios de los afectados, se produce, según los recurrentes, un evidente perjuicio para el “interés superior del menor” derivado del hecho del rechazo, en Francia, al reconocimiento de una filiación legalmente establecida en el

extranjero en relación con los niños en cuestión. El TEDH da la razón a los padres y a los hijos gemelos: el derecho a una vida privada de los menores (art. 8 CEDH) exige que éstos sean considerados "hijos" de ambos "*intended parents*" en Francia, aunque sólo uno de los "*intended parents*" era padre biológico de estos niños. Esto es, para respetar el derecho a una vida privada de los menores, resulta preciso reconocer en Francia el vínculo de filiación establecido en EE.UU (STEDH 21 julio 2016, *Foulon y Bouvet vs. Francia*). Por otro lado, el TEDH estima que no ha habido, *in casu*, infracción del derecho a una vida familiar en Francia puesto que aunque los menores no fueron considerados hijos de los "*intended parents*", no se les impidió vivir en Francia como una familia.

2º) *El caso italiano*. En el caso "*Paradiso e Campanelli*" (2015), una pareja formada por dos cónyuges italianos, el varón Sr. Giovanni Paradiso y la mujer Sra. Donatina Paradiso, acudieron a una clínica moscovita. Allí contrataron los servicios de una mujer que gestó y dio a luz a un bebé que nació en Rusia. Con arreglo al Derecho ruso, el niño es considerado como "hijo" de los ciudadanos italianos. El óvulo empleado pertenecía a una mujer que no era ni la mujer gestante ni la Sra. Campanelli. El material genético masculino no pertenecía al Sr. Paradiso. Por tanto, no existía ninguna vinculación biológica entre el menor y sus "*intended parents*". Una vez de regreso en Italia, los ciudadanos italianos fueron acusados de diversos delitos. Además, se les privó del bebé, que fue entregado a una "casa de acogida" (*casa famiglia*) en Campobasso, Molise, Italia. Del mismo modo, se denegó todo efecto legal en Italia al certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas, pues se consideró que el reconocimiento de dicho certificado vulneraba el orden público internacional italiano. Por si fuera poco, las autoridades italianas activaron el procedimiento de adopción del menor en favor de terceros y estimaron que los "*intended parents*" no eran aptos para adoptar al menor porque habían intentado burlar la aplicación del Derecho italiano, aunque habían sido declarados aptos para ello en 2006. Los ciudadanos italianos recurrieron ante el TEDH y reclamaron su derecho a relacionarse con el menor, con el que formaban una familia. En su decisión de fecha 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, el TEDH estimó que las autoridades italianas habían vulnerado el art. 8 CEDH (derecho a una vida familiar) al imponer una medida extrema (= la total separación del menor respecto de sus "*intended parents*") que no era necesaria ni proporcionada, pues dicha medida extrema debe reservarse para el caso en el que el menor se halla en situación de grave "peligro" (= abusos sexuales, violencia, riesgo para la salud física o psicológica, desequilibrios psíquicos de los padres, etc.). Ninguna situación de "grave peligro" se acreditó en este caso. El TEDH no se pronunció sobre la validez en Italia del vínculo de filiación establecido legalmente en Rusia sino exclusivamente sobre el derecho de los particulares implicados a tener una "vida familiar". Vida familiar que, naturalmente, era imposible si el menor era separado forzosamente de sus "*intended parents*" a pesar de que dicha el menor no se encontraba en ninguna situación de "peligro". Los "*intended parents*" no reclamaron ante el TEDH que el vínculo de filiación legalmente establecido en Rusia fuera reconocido en Italia, razón por la que el TEDH no se pronunció sobre esta cuestión ni a favor ni en contra. En posterior decisión de fecha 24 enero 2017, dictada por la Gran Sala del TEDH, entiende el tribunal que no ha habido vulneración del derecho a la vida familiar del menor, por dos razones. En primer lugar, el menor no tenía ningún vínculo biológico con los padres. Si dicho vínculo biológico hubiera existido, el reconocimiento de la filiación del menor hubiera sido necesario (D. HENRICH). En segundo lugar, tampoco el menor había tenido una relación de familia significativa con sus presuntos padres, con los que sólo había convivido unos ocho meses. Por ello, la Gran Sala estimó que no existía a la luz de los hechos, una "vida familiar" que pudiera ser protegida en el contexto del CEDH. En ningún momento se pronuncia la Gran Sala sobre la validez en Italia de la filiación establecida en Rusia, pues ello nunca constituyó objeto de la litis. El TEDH indicó que la

separación del menor de los *intended parents*, medida acordada por las autoridades italianas, tenía el objetivo legítimo de prevenir el desorden y la protección de los derechos y libertades de los demás, especialmente de los menores. El TEDH subrayó que el niño no sufriría daños graves o irreparables como consecuencia de la separación y que el Estado italiano tenía derecho a apreciar las circunstancias del caso para proporcionar una solución equilibrada que tuviera presentes todos los intereses en juego. Cabe indicar, por tanto, que si la convivencia del menor con sus presuntos padres hubiera sido más prolongada en el tiempo, muy probablemente el TEDH habría estimado que existía "vida familiar" que proteger aunque el menor implicado no era hijo biológico de ninguno de sus padres y había nacido tras una gestación por sustitución.

6. *Doctrina del TEDH y la filiación, establecida en el extranjero, de los niños nacidos en virtud de técnicas de gestación por sustitución. Análisis crítico*. La jurisprudencia del TEDH relativa a los casos de filiación acreditada en otros países tras una gestación por sustitución debe leerse con extremo tacto, con cuidada reflexión, con suma cautela y máxima *prudentia juris*. En efecto, una cosa es lo que el TEDH dice y otra muy diferente lo que el TEDH hace en sus sentencias. En esta perspectiva, algunas consideraciones críticas deben subrayarse.

1º) *Lo que el TEDH dice: la admisión en un país de una filiación constituida en otro país sobre unos menores en casos de gestación por sustitución no es obligatoria*. El TEDH se cuida muy mucho de "imponer" de modo expreso a los Estados partes en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 una filiación legalmente acreditada en otro país en relación con estos menores. Nunca el TEDH afirma que ello deba ser así. Esto es lo que el TEDH dice. Sin embargo, esto, en realidad, es sólo lo que el TEDH dice (= la afirmación oficial del TEDH), es lo que en términos de teoría o argumentación especulativa se denomina “lo que es” (*was ist*). Los expertos que resaltan esta conclusión son teóricos interesados, más que en la realidad, en el “dogma” de la oficialidad, en las afirmaciones en sí mismas.

2º) *Lo que el TEDH hace: todo Estado parte en el Convenio europeo de derechos humanos (Roma 4 noviembre 1950) debe necesariamente admitir una filiación legalmente acreditada en el extranjero en relación con los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución*. Frente a lo anterior, si se examina con mayor detenimiento la globalidad de los pronunciamientos del TEDH, se observa que el razonamiento seguido por dicho tribunal conduce, de modo necesario, a la admisión, en el Estado de destino, de la filiación legalmente acreditada en el Estado de origen (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, FD 75; STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia*, FD 100). En efecto, en caso contrario (= esto es, si no se reconoce la filiación acreditada en el extranjero) se vulnera, siempre, el art. 8 CEDH, esto es, el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, y/o, en su caso, el derecho de todos los sujetos implicados a una "vida familiar". Por tanto, el TEDH indica que no es preciso que un Estado parte en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 proceda necesariamente a la admisión de la filiación extranjera de los nacidos en virtud de gestación por sustitución, pero "hace" todo lo contrario. En efecto, para el TEDH, la admisión de tal filiación en el Estado de destino es siempre necesaria para respetar la vida privada de los menores y su identidad, y puede ser necesaria, en su caso, también para proteger la vida familiar de los menores y de sus comitentes. Quedan aparte, naturalmente, supuestos en los que la intervención del orden público internacional es razonable y proporcionada, esto es, los casos antes señalados de engaños o explotación a la mujer gestante y similares.

Por tanto, la afirmación del TEDH en el sentido de que todo Estado parte dispone de la libertad de no reconocer en su orden jurídico la filiación legalmente establecida en otro país en favor de los comitentes y derivada de una gestación por sustitución, no es más que una frase

que ha sido completamente vaciada de contenido por el mismo tribunal. En verdad, la libertad de los Estados partes para denegar el reconocimiento de la filiación legalmente acreditada en otro país en estos casos de gestación subrogada es una libertad legislativa "reducida a cero", como muy bien pone de relieve el voto disidente contenido en la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, *Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi and Spano*, FD 15 *in fine.* Una visión desde la perspectiva de la "teoría narrativa" de los pronunciamientos judiciales conduce, pues, a una conclusión totalmente contraria a la que se alcanza desde el punto de vista de la "teoría especulativa" con una mera lectura literal de estas sentencias del TEDH. Esto es, si el analista de esta jurisprudencia se pregunta no sobre "lo que es" (= la lectura oficial de las sentencias del TEDH, "*was ist*"), sino sobre "lo que sucede" o ha sucedido (= la realidad a la que conducen las sentencias del TEDH, "*was geschah*"), el resultado es claro. Como muestra el antes citado FD 15 del voto disidente de la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, (*Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi and Spano*), la protección de la identidad del menor cuya filiación ha sido determinada legalmente en el Estado de origen sólo puede llevarse a cabo, en el Estado de destino, mediante la admisión de su filiación en dicho Estado de destino tal y como ha sido establecida en el Estado de origen.

- - - -