



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS
ORGANISMOS INTERNACIONALES COMPETENTES EN
MATERIA DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS
HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA
SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS*

Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias y cualquier otro documento de dicho Tribunal.

GRAN SALA

DICTAMEN

En relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente

Solicitado por

el Tribunal de Casación francés

(Demanda nº P16-2018-001)

ESTRASBURGO

10 de abril de 2019

Este dictamen es firme. Puede someterse a revisión editorial.



El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su actuación como Gran Sala integrada por:

Guido Raimondi, *Presidente*,
Angelika Nußberger,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Robert Spano,
Vincent A. De Gaetano,
Jon Fridrik Kjølbro,
André Potocki,
Faris Vehabović,
Iulia Antoanella Motoc,
Branko Lubarda,
Yonko Grozev,
Carlo Ranzoni,
Georges Ravarani,
Pauliine Koskelo,
Tim Eicke,
Péter Paczolay,
Lado Chanturia, *jueces*,

y Roderick Liddell, *Secretario de Sección*,

Tras deliberar en Sala a puerta cerrada el 2 de octubre de 2018,
Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En una carta de fecha 12 de octubre de 2018 dirigida al Secretario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("el Tribunal"), el Tribunal de Casación francés solicitó al Tribunal, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo N° 16 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("Protocolo N° 16"), que emitiera un dictamen sobre las cuestiones expuestas en el párrafo 9 infra.

2. El 3 de diciembre de 2018, la sala de cinco jueces de la Gran Sala del Tribunal, formada de conformidad con el artículo 2 .3 del Protocolo n° 16 y la regla 93.1 del Reglamento del Tribunal, decidió aceptar la solicitud.

3. La composición de la Gran Sala se determinó el 4 de diciembre de 2018 de conformidad con las reglas 24.2 y 94.1.

4. Mediante cartas de 7 de diciembre de 2018, el Secretario del Tribunal informó a las partes en el procedimiento interno que el Presidente de la Gran Sala les invitaba a presentar al Tribunal observaciones escritas sobre la solicitud de dictamen antes del 16 de enero de 2019 (artículo 3 del Protocolo



nº 16 y Regla 94.3). En dicho plazo, Dominique Mennesson, Fiorella Mennesson, Sylvie Mennesson y Valentina Mennesson presentaron observaciones escritas conjuntamente. El Fiscal General del Tribunal de Apelación de París no presentó observaciones por escrito.

5. El Gobierno francés ("el Gobierno") presentó observaciones por escrito en virtud del artículo 3 del Protocolo nº 16. La Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa no hizo uso de ese derecho.

6. También se recibieron observaciones escritas de los Gobiernos del Reino Unido, de la República Checa e Irlanda, de la Defensora del Pueblo de Francia y del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Género del Departamento de Sociología e Investigación Social de la Universidad de Trento, y de las organizaciones no gubernamentales Centro AIRE, Fundación Helsinki para los Derechos Humanos, ADF International, la Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación subrogada y la Asociación de Médicos Católicos de Bucarest, las cuales habían sido autorizadas por el Presidente para intervenir (Artículo 3 del Protocolo No. 16). La organización no gubernamental *Child Rights International Network*, que también había sido autorizada a intervenir, no presentó ninguna observación.

7. Copia de las observaciones recibidas fueron remitidas al Tribunal de Casación, que no realizó comentario alguno (regla 94.5).

8. Tras la conclusión de la fase escrita, el Presidente de la Gran Sala decidió que no se celebrara ninguna vista oral (regla 94.6).

PREGUNTAS FORMULADAS

9. Las preguntas formuladas por el Tribunal de Casación en su solicitud de dictamen fueron las siguientes:

1. Al negarse a inscribir en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones los detalles del certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero como resultado de un acuerdo de gestación subrogada, en la medida en que el certificado designa a la "madre comitente"¹ como "madre legítima", al tiempo que acepta la inscripción en la medida en que el certificado designa al "padre comitente", que es el padre biológico del niño, ¿el Estado Parte se extralimita en su margen de discrecionalidad en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales? A este respecto, ¿debe hacerse una distinción dependiendo de que el niño haya sido concebido utilizando los óvulos de la "madre comitente"?

2. En caso de respuesta afirmativa a cualquiera de las dos preguntas anteriores, ¿la posibilidad de que la madre comitente adopte al hijo de su cónyuge, el padre biológico, como medio para establecer la relación jurídica materno-filial, garantizaría el cumplimiento de los requisitos del artículo 8 del Convenio? ”

¹ La expresión "padre/madre comitente" se entiende referida a aquellas personas que, como respuesta a su deseo de ser padres, comisionan la gestación de su futuro hijo a una gestante subrogada.



ANTECEDENTES Y PROCEDIMIENTOS INTERNOS EN LOS QUE SE BASA LA SOLICITUD DE DICTAMEN

10. En su sentencia *Menesson v. France* (nº 65192/11, TEDH 2014 (extractos)), el Tribunal examinó, desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("el Convenio"), la incapacidad de dos niños nacidos en California a través de un acuerdo de gestación subrogada, y de los progenitores comitentes, para obtener el reconocimiento en Francia de la relación paterno-filial establecida legalmente en Estados Unidos. Las demandantes precisaron que, de conformidad con la legislación californiana, la madre de alquiler no había recibido remuneración alguna, sino que se había limitado a cobrar los gastos (véase el apartado 8 de la sentencia).

11. El Tribunal sostuvo que no se había vulnerado el derecho de los niños y de los progenitores comitentes al respeto de su vida familiar, pero que sí se había vulnerado el derecho de los niños al respeto de su vida privada.

12. Sobre este último punto, el Tribunal subrayó que "el respeto de la vida privada exige que toda persona pueda establecer su identidad como ser humano individual, lo que incluye la relación jurídica paterno-filial" y que "está en juego un aspecto esencial de la identidad de las personas en lo que se refiere a la relación jurídica paterno-filial" (véase el apartado 96 de la sentencia). Añadió que el "derecho al respeto de la vida privada [de los niños nacidos en el extranjero a través de la gestación subrogada] -que implica que toda persona debe poder determinar la esencia de su identidad, incluida la relación jurídica paterno-filial- se vio sustancialmente afectado [por la falta de reconocimiento en la legislación francesa de la relación jurídica paterno-filial entre estos niños y los progenitores comitentes]". El Tribunal dedujo de ello que "se planteó una cuestión grave en cuanto a la compatibilidad de esa situación con el interés superior de los menores, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión a este respecto" (véanse los párrafos 96 y 99 de la sentencia).

13. El Tribunal se pronunció expresamente sobre la cuestión del reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial (*lien de filiation*) entre las dos niñas y el padre comitente, quien era su padre biológico. El Tribunal de Primera Instancia declaró lo siguiente (apartado 100 de la sentencia):

"El análisis adquiere una dimensión especial cuando, como en el caso que nos ocupa, uno de los padres comitentes es también el padre biológico del niño. Vista la importancia de la filiación biológica como componente de la identidad... no puede decirse que redunde en interés del niño privarlo de una relación jurídica de esta naturaleza cuando se ha establecido la realidad biológica de esa relación y el niño y el progenitor de que se trate exigen el pleno reconocimiento de la misma. No sólo no se



reconocía la relación entre los [niños] y su padre biológico cuando se solicitaba la inscripción de los datos de las partidas de nacimiento, sino que el reconocimiento formal mediante una declaración de paternidad o adopción o mediante el efecto del disfrute de *facto* del estado civil sería contrario a la prohibición establecida por el Tribunal de Casación en su jurisprudencia a este respecto.... El Tribunal considera, teniendo en cuenta las consecuencias de esta grave restricción sobre la identidad y el derecho al respeto de la vida privada de los [niños], que al impedir tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su relación jurídica con su padre biológico, el Estado demandado sobrepasó los límites permisibles de su margen de discrecionalidad".

14. En su solicitud de dictamen, el Tribunal de Casación señaló que su jurisprudencia había evolucionado a raíz de la sentencia *Menesson*. El registro de los detalles del certificado de nacimiento de un niño nacido por medio de una madre de alquiler en el extranjero era ahora posible en la medida en que el certificado designa al padre comitente como padre del niño en el caso de que éste sea el padre biológico. Continúa siendo imposible con respecto a la madre comitente. No obstante, en el caso de que la madre comitente esté casada con el padre tiene la opción de adoptar al niño si se cumplen las condiciones legales y en la adopción prevalece el interés del niño; esto crea una relación jurídica entre madre e hijo. La legislación francesa también facilita la adopción por uno de los cónyuges del hijo del otro cónyuge.

15. En una resolución adoptada el 21 de septiembre de 2017 (CM/ResDH(2017)286), el Comité de Ministros del Consejo de Europa declaró que había ejercido las funciones que le correspondían en virtud del artículo 46.2 del Convenio en relación con la ejecución de esa sentencia, y decidió dar por concluido su examen del caso.

16. Mediante resolución de 16 de febrero de 2018, el Tribunal francés de Revisión de Sentencias Civiles aprobó la solicitud de revisión del recurso de casación sobre cuestiones de Derecho interpuesto el 15 de mayo de 2017 en virtud del artículo L. 452-1 del Código de Organización Judicial por el Sr. y la Sra. Menesson, en calidad de representantes legales de sus dos hijos menores, contra la sentencia del Tribunal de Apelación de París, de 18 de marzo de 2010, por la que se anulaba la inscripción en el registro francés de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos relativos a los certificados de nacimiento de los hijos nacidos en Estados Unidos.

17. La petición del Tribunal de Casación de que este Tribunal emitiera un dictamen se hizo en el contexto del nuevo examen de ese recurso.

18. El Tribunal de Casación ha aplazado el procedimiento a la espera de la opinión del Tribunal.



EL DERECHO Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PERTINENTES

19. El Tribunal se remite en particular a los artículos 2, 3, 7, 8, 9 y 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y a los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil.

20. El Tribunal también ha tenido en cuenta las actividades de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

21. Asimismo, ha examinado, entre otros precedentes, el informe de 15 de enero de 2018 del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y explotación sexual de los niños, incluida la prostitución infantil, la pornografía infantil y otros precedentes sobre abuso sexual infantil (A/HRC/37/60).

PRECEDENTES DE DERECHO COMPARADO

22. El Tribunal llevó a cabo un estudio de derecho comparado que abarcó cuarenta y tres Estados contratantes del Convenio, sin incluir a Francia: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Macedonia del Norte, Rumania, Rusia, Serbia, Suecia, Turquía y Ucrania.

23. El estudio muestra que en nueve de esos cuarenta y tres Estados se permiten los acuerdos de gestación subrogada, que aparentemente se toleran en otros diez y que están prohibidos explícita o implícitamente en los veinticuatro Estados restantes. Además, en treinta y uno de los Estados interesados, incluidos doce en los que se prohíben dichos acuerdos de gestación subrogada, es posible para un padre comitente que es el padre biológico acreditar la paternidad con respecto a un niño nacido por medio de la gestación subrogada. En diecinueve de los cuarenta y tres Estados (Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Eslovenia, España, Finlandia, Georgia, Grecia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, República Checa, Rusia, Suecia y Ucrania), incluidos siete que prohíben los acuerdos de gestación subrogada (Finlandia, Alemania, Luxemburgo, Noruega, Eslovenia, España y Suecia), es posible que la madre comitente acredite la maternidad de un niño nacido a través de un acuerdo de gestación subrogada con el que no esté genéticamente relacionada.



24. El procedimiento para establecer o reconocer una relación jurídica paterno-filial entre los niños nacidos a través de un acuerdo de gestación subrogada y los padres comitentes varía de un Estado a otro, y pueden existir varios procedimientos diferentes dentro de un mismo Estado. Las vías disponibles incluyen el registro del certificado de nacimiento extranjero, la adopción o los procedimientos judiciales que no impliquen la adopción. En particular, la inscripción del certificado de nacimiento extranjero es posible en dieciséis de los diecinueve Estados miembros encuestados en los que se toleran o permiten los acuerdos de gestación subrogada (Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Georgia, Grecia, Moldavia, los Países Bajos y la República de Macedonia del Norte), Polonia, Portugal, Rumanía, Rusia, Ucrania y el Reino Unido) y en siete de los veinticuatro Estados que prohíben tales acuerdos (Alemania, Austria, Finlandia, Islandia, Malta, Noruega y Turquía), al menos en la medida en que el certificado designe a un progenitor aspirante con un vínculo genético con el niño. En los diecinueve Estados que permiten o toleran los acuerdos de gestación subrogada y en nueve de los veinticuatro Estados que los prohíben, es posible establecer o reconocer una relación jurídica entre padres e hijos mediante procedimientos judiciales que no impliquen la adopción. Mientras tanto, la adopción es posible en cinco de los Estados que permiten o toleran los acuerdos de gestación subrogada (Albania, Bélgica, la República Checa, los Países Bajos y Portugal) y en doce de los veinticuatro Estados que los prohíben (Alemania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Suecia y Turquía), en particular en lo que respecta a los progenitores que no tienen parentesco genético con el niño.

EL DICTAMEN DEL TRIBUNAL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

25. El Tribunal observa que, como se indica en el preámbulo del Protocolo nº 16, el objetivo del procedimiento de dictamen es fortalecer la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales, reforzando así la aplicación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad, al permitir que los tribunales nacionales designados soliciten al Tribunal que emita un dictamen sobre "cuestiones fundamentales relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o en sus protocolos" (artículo 1, apartado 1, del Protocolo nº 1). 16) que surjan "en el contexto de un caso incoado ante él" (artículo 1, apartado 2, del Protocolo nº 16). El objetivo del procedimiento no es trasladar el litigio al Tribunal, sino más bien orientar al órgano jurisdiccional solicitante sobre las cuestiones relativas al Convenio a la hora de decidir el asunto planteado (véase el



apartado 11 del Informe Explicativo). El Tribunal no tiene competencia ni para evaluar los hechos de un asunto, ni para evaluar el fondo de las opiniones de las partes sobre la interpretación del derecho interno a la vista del derecho del Convenio, ni para pronunciarse sobre el resultado de las actuaciones. Su función se limita a emitir un dictamen sobre las cuestiones que se le someten. Corresponde al órgano jurisdiccional solicitante resolver las cuestiones planteadas por el asunto y extraer, en su caso, las conclusiones que se desprendan del dictamen emitido por el Tribunal sobre las disposiciones de Derecho nacional invocadas en el asunto y sobre el resultado del mismo.

216. El Tribunal también deduce de los apartados 1 y 2 del artículo 1 del Protocolo nº 16 que los dictámenes que emita en virtud de este Protocolo deben limitarse a los puntos directamente relacionados con los procedimientos pendientes a nivel nacional. Su valor radica igualmente en proporcionar a los tribunales nacionales orientación sobre cuestiones fundamentales en relación con el Convenio aplicable en asuntos similares.

27. La presente solicitud de dictamen se formuló en el contexto de un procedimiento interno destinado a revisar el recurso sobre cuestiones de derecho interpuesto por los demandantes en el caso *Menesson*, en el que el Tribunal sostuvo que no se había violado el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, pero concluyó que se había violado el derecho de los niños al respeto de su vida privada (véase el párrafo 11 supra). Por lo tanto, parece que los procedimientos nacionales se refieren al reconocimiento en el ordenamiento jurídico francés -teniendo en cuenta el derecho de los niños al respeto de su vida privada- de una relación jurídica paterno filial entre una madre comitente y sus hijos nacidos en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebidos utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, en una situación en la que es posible el registro de los detalles de la partida de nacimiento en el extranjero, en la medida en que el certificado designe al padre comitente cuando se trate del padre biológico de los niños.

228. Por consiguiente, los procedimientos internos no se refieren a una situación en la que un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada haya sido concebido utilizando los óvulos de la madre comitente.

29. De lo anterior se deduce también que el dictamen no abordará situaciones que impliquen acuerdos tradicionales de gestación subrogada, es decir, en las que el niño haya sido concebido utilizando los óvulos de la gestante subrogada. Es más, las cuestiones planteadas por el Tribunal de Casación no se refieren a tales situaciones.

30. De ello se deduce, además, que el dictamen no abordará el derecho al respeto de la vida familiar de los niños o de los padres comitentes, ni el derecho de estos últimos al respeto de su vida privada.

31. En consecuencia, el dictamen del Tribunal tratará dos cuestiones.



32. En primer lugar, se abordará la cuestión de si el derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio, de un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada, que exige que la relación jurídica entre el niño y el padre comitente, cuando éste sea el padre biológico, sea reconocida en la legislación nacional, también exige que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer la relación jurídica paterno filial con la madre comitente, que en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero se designa como "madre legítima", en una situación en la que el niño fue concebido utilizando los óvulos de una tercera donante y en la que la relación jurídica paterno-filial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional.

33. En segundo lugar, si se responde afirmativamente a la primera pregunta, se abordará la cuestión de si el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos del certificado de nacimiento legalmente constituido en el extranjero, o si podría permitir que se utilizaran otros medios, como la adopción del niño por parte de la madre comitente.

34. Al formular su dictamen, el Tribunal tendrá debidamente en cuenta las observaciones escritas y los documentos presentados por los distintos participantes en el procedimiento (véanse los apartados 4 a 6 supra). Sin embargo, subraya que su tarea no consiste en responder a todos los motivos y argumentos presentados, ni en exponer detalladamente los fundamentos de su respuesta; en virtud del Protocolo N° 16, la función del Tribunal no consiste en pronunciarse en los procedimientos contradictorios sobre las demandas contenciosas mediante una sentencia vinculante, sino más bien, en el plazo más breve posible, en proporcionar al órgano jurisdiccional solicitante una orientación que le permita garantizar el respeto de los derechos consagrados en el Convenio a la hora de resolver el asunto de que conoce.

II. LA PRIMERA CUESTIÓN

35. Según la jurisprudencia del Tribunal, el artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero y el padre comitente en el caso de que sea el padre biológico. Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal declaró expresamente en *Menesson*, antes citado, que la falta de esa posibilidad entrañaba una violación del derecho del niño al respeto de su vida privada garantizado por el artículo 8 (véase *Menesson*, citado anteriormente, §§ 100-01; véase también *Labassee c. Francia*, n° 65941/11, de 26 de junio de 2014; *Foulon y Bouvet c. Francia*, n° 9063/14 y n° 10410/14, de 21 de julio de 2016; y *Laborie c. Francia*, n° 44024/13, de 19 de enero de 2017).



36. En relación con lo anterior, el Tribunal señala que, hasta la fecha, en su jurisprudencia ha destacado la existencia de un vínculo biológico con al menos uno de los progenitores comitentes (véanse las sentencias citadas anteriormente, así como la sentencia en el asunto *Paradiso y Campanelli v. Italia* ([GS], nº 25358/12, § 195, de 24 de enero de 2017)). Observa a este respecto que la cuestión que debe abordarse en el presente asunto incluye explícitamente el elemento fáctico de un padre con un vínculo biológico con el niño en cuestión. El Tribunal limitará su respuesta en consecuencia, dejando claro que en el futuro podría verse obligado a seguir desarrollando su jurisprudencia en este ámbito, en particular a la vista de la evolución de la cuestión de la gestación subrogada.

37. En el contexto de la presente solicitud de dictamen (véanse los párrafos 32, 34 y 36 supra), para determinar si el artículo 8 del Convenio exige que el derecho interno prevea la posibilidad de reconocer la relación entre un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada y la madre comitente, se tendrán en cuenta especialmente dos factores: el interés superior del niño y el alcance del margen de discrecionalidad de que disponen los Estados contratantes.

38. Respecto al primer factor, el Tribunal se remite al principio fundamental según el cual, cuando se trata de la situación de un niño, el interés superior de éste es primordial (véase, en particular, *Paradiso y Campanelli*, citado anteriormente, § 208; *X v. Letonia* [GS], nº 27853/09, § 95, TEDH 2013; *Menesson*, citado anteriormente, §§ 81 y 99; *Labassee*, citado anteriormente, §§ 60 y 78; y *Wagner y J.M.W.L.L. v. Luxemburgo*, nº 76240/01, § 133, de 28 de junio de 2007).

39. El Tribunal reconoció en *Menesson* (citado anteriormente, § 99) y *Labassee* (citado anteriormente, § 78) que "Francia [podría] intentar disuadir a sus nacionales de ir al extranjero para aprovechar los métodos de reproducción asistida que están prohibidos en su propio territorio". No obstante, observó que los efectos de la falta de reconocimiento en el Derecho francés de la relación jurídica paterno-filial entre los niños así concebidos y los padres comitentes no se limitan únicamente a los padres que han optado por un método particular de reproducción asistida prohibido por las autoridades francesas. También afectan a los propios niños, cuyo derecho al respeto de su vida privada se ve sustancialmente afectado.

40. La falta de reconocimiento de una relación jurídica entre un niño nacido a través de un acuerdo de gestación subrogada llevado a cabo en el extranjero y la madre comitente tiene, por lo tanto, un impacto negativo en varios aspectos del derecho de ese niño al respeto de su vida privada. En términos generales, como observó el Tribunal en *Menesson* y *Labassee*, citado anteriormente, la falta de reconocimiento en el derecho interno de la relación entre el niño y la madre comitente es perjudicial para el niño, ya que lo coloca en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad (§§ 96 y 75 respectivamente). En especial, existe el riesgo de



que a esos niños se les niegue el acceso a la nacionalidad de la madre comitente que garantiza la relación jurídica paterno filial; puede resultarles más difícil permanecer en el país de residencia de la madre comitente (aunque este riesgo no se plantea en el asunto planteado ante el Tribunal de Casación, ya que el padre comitente, que también es el padre biológico, tiene la nacionalidad francesa); puede verse menoscabado su derecho a heredar el patrimonio de la madre comitente; su relación constante con ella corre peligro si los padres comitentes se separan o el padre comitente fallece; y carecen de protección en caso de que su madre comitente rechace o deje de ocuparse de ellos.

41. El Tribunal es consciente de que, en el contexto de los acuerdos de gestación subrogada, el interés superior del niño no implica simplemente el respeto de estos aspectos de su derecho a la vida privada. Incluyen otros componentes esenciales que no necesariamente pesan a favor del reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, como la protección contra los riesgos de abuso que implican los acuerdos de gestación subrogada (véase *Paradiso y Campanelli*, citados anteriormente, § 202) y la posibilidad de conocer el origen de la persona (véase, por ejemplo, *Mikulić v. Crocia*, no. 53176/99, §§ 54-55, TEDH 2002-I).

42. No obstante, habida cuenta de las consideraciones expuestas en el párrafo 40 *supra* y del hecho de que el interés superior del niño también supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como la posibilidad de que el niño crezca y se desarrolle en un entorno estable, el Tribunal considera que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por medio de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero y la madre comitente es incompatible con el interés superior del niño, que exige, como mínimo, que cada situación sea examinada a la vista de las circunstancias particulares del asunto.

43. En cuanto al segundo factor, y tal como señaló el Tribunal en *Mennesson* (anteriormente citado, § 77) y *Labassee* (anteriormente citado, § 57), el alcance del margen de discrecionalidad de los Estados variará según las circunstancias, el objeto y el contexto; a este respecto, uno de los factores pertinentes puede ser la existencia o inexistencia de un terreno común entre las leyes de los Estados contratantes. Por ello, cuando no haya consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la importancia relativa del interés en cuestión o sobre la mejor manera de protegerlo, en particular cuando el caso plantee cuestiones morales o éticas delicadas, el margen de apreciación será amplio. El mencionado estudio de Derecho comparado muestra que, a pesar de una cierta tendencia hacia la posibilidad de reconocer legalmente la relación entre los niños concebidos a través de la gestación subrogada en el extranjero y los padres comitentes, no existe consenso en Europa sobre esta cuestión (véase el párrafo 23 *supra*).



44. No obstante, el Tribunal en dichas sentencias (arts. 77 y 80 y 56 y 59, respectivamente) también observó que, cuando entraba en juego una faceta particularmente importante de la identidad de una persona, como cuando se trataba de la relación jurídica paterno-filial, el margen permitido al Estado era normalmente limitado. De ello se deduce que es necesario reducir el margen de discrecionalidad permitido al Estado demandado (ibíd.).

45. En la práctica, lo que se plantea en el contexto del reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial entre los niños nacidos de madres de alquiler y los padres comitentes va más allá de la cuestión de la identidad de los niños. Intervienen otros aspectos esenciales de su vida privada cuando se trata del entorno en el que viven y se desarrollan y de las personas responsables de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar (véanse también los párrafos 40 a 42 supra). Esto apoya aún más la conclusión del Tribunal respecto a la reducción del margen de apreciación.

46. En resumen, teniendo en cuenta las exigencias del interés superior del niño y el reducido margen de apreciación, el Tribunal opina que, en una situación como la mencionada por el Tribunal de Casación en sus preguntas (véanse los párrafos 9 y 32 supra) y delimitada por el Tribunal en el párrafo 36 supra, el derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio, de un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada requiere que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la "madre legítima".

47. A pesar de que el procedimiento interno no trata el asunto de un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada y concebido con óvulos de la madre comitente, el Tribunal considera importante subrayar que, cuando la situación es similar a la planteada en el presente procedimiento, en tal caso se ejerce con más razón la exigencia de prever la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre el niño y la madre comitente.

III. LA SEGUNDA CUESTIÓN

48. La segunda cuestión se refiere a si el derecho al respeto de la vida privada de un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero, en una situación en la que fue concebido utilizando los óvulos de una tercera parte donante, requiere que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero, o si podría permitir que se utilizaran otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente.

49. En tal situación, el interés del niño es que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible. Como se



ha mencionado anteriormente, siempre que y hasta que dicha relación sea reconocida por la legislación nacional, el niño se encuentra en una situación vulnerable en lo que respecta a varios aspectos de su derecho al respeto de la vida privada (véase el párrafo 40 supra).

50. No obstante, de ello no puede deducirse que los Estados contratantes estén obligados a optar por la inscripción de los datos de las partidas de nacimiento legalmente establecidas en el extranjero.

51. El Tribunal observa que no existe consenso en Europa sobre esta cuestión: siempre que sea posible establecer o reconocer una relación jurídica entre el niño y los progenitores comitentes, el procedimiento varía de un Estado a otro (véase el apartado 24 supra). El Tribunal también observa que la identidad de una persona se cuestiona menos directamente cuando la cuestión no es el principio mismo del establecimiento o reconocimiento de su filiación, sino más bien los medios que deben aplicarse con ese fin. Por consiguiente, el Tribunal considera que la elección de los medios para permitir el reconocimiento de la relación jurídica entre el menor y los progenitores comitentes se encuentra dentro del margen de apreciación de los Estados.

52. Además de esta constatación relativa al margen de apreciación, el Tribunal considera que el artículo 8 del Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer *ab initio* una relación paterno-filial entre el niño y la madre comitente. Lo que el interés superior del niño -que debe ser evaluado principalmente *in concreto* y no *in abstracto*- requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica. En principio, no corresponde al Tribunal, sino sobre todo a las autoridades nacionales evaluar si, en las circunstancias concretas del caso, dicha relación se ha convertido en una realidad práctica.

53. El interés superior del niño, entendido de esta manera, no puede interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial entre el niño y la madre comitente, necesario para garantizar el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio, implique la obligación de que los Estados registren los detalles del certificado de nacimiento extranjero en la medida en que designe a la madre comitente como madre legítima. Dependiendo de las circunstancias de cada caso, otros medios también pueden servir a esos intereses de manera adecuada, incluida la adopción, que, con respecto al reconocimiento de esa relación, produce efectos similares al del registro de los datos de los nacimientos en el extranjero.

54. Lo esencial es que, de acuerdo con la evaluación de las circunstancias de cada caso, debería existir un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente, lo antes posible y en todo caso cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica (véase el párrafo 52 supra). La adopción puede cumplir este requisito siempre que las



condiciones que la regulen sean adecuadas y el procedimiento permita adoptar rápidamente una decisión, de modo que el niño no se encuentre durante un largo período en una situación de inseguridad jurídica en cuanto a dicha relación. Es evidente que estas condiciones deben incluir una evaluación por parte de los tribunales del interés superior del menor a la vista de las circunstancias del caso.

55. En resumen, dado el margen de apreciación de que disponen los Estados en cuanto a la elección de los medios, las alternativas al registro, en particular la adopción por parte de la madre comitente, pueden considerarse aceptables en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño.

56. El Tribunal de Casación declaró en su solicitud de dictamen que la legislación francesa facilita la adopción del hijo del cónyuge (véase el párrafo 14 supra). Esto podría ser una adopción plena (*adoption plénière*) o una adopción general (*adoption simple*).

57. El Gobierno francés alega que, entre el 5 de julio de 2017 y el 2 de mayo de 2018, prácticamente todas las solicitudes de adopción del hijo del cónyuge relativas a hijos nacidos de madres de alquiler en el extranjero fueron aceptadas. El Tribunal observa, sin embargo, que este procedimiento sólo está disponible para los padres comitentes que estén casados. Además, de las observaciones del Defensor del Pueblo francés se desprende en especial que persiste la incertidumbre en cuanto a las modalidades de adopción del hijo del cónyuge en este contexto, por ejemplo, en cuanto a la necesidad de obtener el consentimiento previo de la madre de alquiler.

58. Dicho esto, en el marco de su dictamen no le corresponde al Tribunal pronunciarse sobre si la normativa francesa sobre adopción cumple los criterios enunciados en los párrafos 54 a 55 supra. Esa es una cuestión que deben decidir los tribunales nacionales (véase el párrafo 25 supra), teniendo en cuenta la posición vulnerable de los niños en cuestión mientras los procedimientos de adopción se encuentran pendientes.

59. Por último, el Tribunal es consciente de la complejidad de las cuestiones planteadas por los acuerdos de gestación subrogada. Indica que la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado ha estado trabajando en una propuesta de convenio internacional destinada a abordar estas cuestiones sobre la base de principios que deben ser aceptados por los Estados que se adhieran a dicho instrumento (véase el párrafo 20 supra).

POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

Emite la siguiente opinión:



En una situación en la que, como en el escenario descrito en las preguntas planteadas por el Tribunal de Casación, un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebido utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, y en la que la relación jurídica paterno-filial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional:

1. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como "madre legítima";
2. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño.

Redactado en inglés y en francés, el 10 de abril de 2019, de conformidad con los apartados 9 y 10 de la regla 94 del Reglamento del Tribunal.

Roderick Liddell
Secretario

Guido Raimondi
Presidente