

La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

*Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CRISIS DE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA. 3. FILIACIÓN Y GLOBALIZACIÓN. 4. FILIACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES. 4.1. *TEDH y Filiación*. 4.2. *TJUE y Filiación*. 5. LA UNIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE DIPr. 5.1. *La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*. 5.1.1. ¿Un único o varios instrumentos? 5.1.2. Reconocimiento de sentencias o reconocimiento también de documentos públicos. 5.1.3. La gestación por sustitución. 5.2. *La propuesta de Reglamento UE*. 5.2.1. El ámbito de aplicación material. 5.2.2. El ámbito de aplicación en el espacio. 5.2.3. La protección de los derechos fundamentales. 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La filiación se define en Derecho como el vínculo entre una persona y sus padres, distinguiéndose tradicionalmente, según su establecimiento, entre filiación adoptiva y filiación por naturaleza. La primera ha recibido mucha atención por parte del Derecho internacional privado (en adelante DIPr) en las últimas décadas. La adopción transfronteriza se popularizó extraordinariamente a partir de los años 70 del siglo pasado. Se hizo entonces evidente la necesidad de una regulación internacional que conciliara dos objetivos, de una parte, la facilitación de la constitución y posterior continuidad en el espacio de la relación jurídica, y de otra, la protección de los derechos fundamentales de las partes implicadas. El Convenio de La Haya de 1993¹ es explícito al respecto. Dispone en su art. 1 que su objeto es (a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar

¹ Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

en consideración al interés superior del niño, (b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y (c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

El presente trabajo pretende demostrar que una regulación de los aspectos de DIPr de la filiación por naturaleza como la que se contempla en la actualidad en la Conferencia de La Haya y la Unión Europea debe igualmente atender a estas dos dimensiones de la cuestión. No se trata únicamente de garantizar la continuidad en el espacio de las relaciones de filiación sino de conciliar este loable objetivo con la protección de los derechos fundamentales de las partes concernidas. De hecho, la continuidad en el espacio de las relaciones de filiación no es un fin en si misma, sino una dimensión de la protección de los derechos fundamentales pues preserva el derecho a la vida privada y familiar. No es, sin embargo, la única dimensión a la que se debe atender.

2. LA CRISIS DE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA

Como su propio nombre indica la filiación por naturaleza parte de una realidad biológica; la reproducción humana requiere que un óvulo sea fecundado por un espermatozoide. Hasta fechas recientes las cosas eran relativamente sencillas. El óvulo era necesariamente de la mujer que daba a luz. Hasta que fueron posibles las pruebas de ADN la procedencia del espermatozoide y, por ende, la filiación paterna se establecía mediante la presunción matrimonial o un acto de reconocimiento del varón. Actualmente cabe averiguar la verdad biológica en vía judicial, si bien todos los ordenamientos buscan un equilibrio entre la verdad biológica y la estabilidad familiar, poniendo límites a investigaciones de la paternidad extemporáneas².

Las nuevas técnicas de reproducción asistida ponen en entredicho el significado y función del principio de verdad biológica. Hay quien incluso defiende que la tradicional distinción entre filiación adoptiva y filiación por naturaleza ha quedado obsoleta, postulando una tercera vía de establecimiento de la relación paterno-filial en la que la intención sería título

² Vid. PINTENS, W., "Filiation et verité", en VARIOS, *Festschrift für Ulrich Spellenberg: zum 70. Geburtstag am 29. Mai 2010*, Sellier, Munich, 2010, pp. 642-643.

constitutivo³. La atribución de la maternidad a la cónyuge de la mujer es una regla que obedece a esa nueva lógica. No se basa en ninguna presunción que deduce de un hecho cierto (el nacimiento) un hecho presunto (la fecundación), sino en una ficción legal que se construye sobre la base del consentimiento de la mujer de la madre.

La relación jurídica de filiación tiene tradicionalmente un triple significado. De una parte, el vínculo de filiación refleja el origen de una persona, que según jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es parte de su identidad⁴. En este mismo sentido el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño reconoce a éste el derecho a conocer el propio origen⁵.

El vínculo de filiación se configura además como un estado civil del que derivan múltiples otros derechos, tanto en el ámbito del Derecho privado como en el ámbito del Derecho público. La relación de filiación determina los apellidos de una persona, da lugar a obligaciones de alimentos entre ascendientes y descendientes y genera derechos de sucesión *mortis causa* independientes de la voluntad del causante. En muchos ordenamientos, el *ius sanguinis* es criterio de atribución de la nacionalidad y, por consiguiente, elemento constitutivo de la ciudadanía y de los derechos políticos a ella vinculada.

Finalmente, la relación de filiación se asocia con la responsabilidad parental entendida como un conjunto de derechos y deberes en relación a otra persona, el hijo, respecto al cual se asume durante la minoría de edad la crianza. El ordenamiento jurídico atribuye por ministerio de la ley la responsabilidad parental a los progenitores del niño. El modelo de base es, en efecto, que los titulares de la responsabilidad parental son los dos progenitores del niño que ejercen conjuntamente y en condiciones de igualdad

³ Cfr. FARNÓS AMORÓS, E.: “El Derecho de filiación hoy: viejas categorías y modelos familiares contemporáneos” en SERRANO DE NICOLÁS, Á.: *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 199-203.

⁴ El derecho a la identidad se protege en el art. 8 del Convenio europeo de Derechos Humanos como integrante del derecho a la vida privada de la persona. Cfr. BÜCHLER, A.: “The right to respect for Private and family life. The case-law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family forms”, en BÜCHLER, A. y KELLER, H.: *Family forms and Parenthood. Theory and Practice of article 8 ECHR in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 29-39.

⁵ Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

la responsabilidad parental. Responsabilidad parental y filiación aparecen unidas y a veces se confunden. Cuando se dice que son padres quienes ejercen de padres se está en realidad haciendo referencia a la atribución de la responsabilidad parental a personas que no son necesariamente los progenitores del niño pero que realizan las funciones asociadas a la paternidad.

Lo más habitual es que la triple dimensión de la filiación coincida en las mismas personas. Es, sin embargo, cada vez más frecuente la diversificación de planos, como consecuencia, de una parte, de la proliferación de las técnicas de reproducción asistida y, de otra, de la pluralidad de formas familiares admitidas. En ocasiones una y otra cosa se relacionan. En otras se trata de fenómenos independientes.

Las técnicas de reproducción asistida ayudan a procrear a quien tiene dificultad o imposibilidad para hacerlo. En el caso español, se estima que la reproducción asistida intervino en un 8,8 % de los nacimientos que tuvieron lugar en el año 2015. El 33% de los tratamientos de reproducción asistida implican el uso de ovocitos, esperma o embriones donados⁶. Las técnicas de reproducción asistida tensionan, por tanto, los conceptos básicos de la regulación material de la filiación por naturaleza. Un principio tan básico como el *mater semper certam est* se resquebraja. La mujer que da a luz no es necesariamente la que ha aportado el óvulo. En ordenamientos como el español, quien aporta el óvulo no tiene, de hecho, ningún tipo de *status* jurídico. Si la gestante es quien asume la crianza del niño, es a todos los efectos la madre del niño. En cambio, si es la mujer que ha aportado el óvulo quien desea asumir la crianza del niño que ha gestado otra, el único recurso será la adopción, pues se considera madre únicamente a quien gesta y da a luz.

A esta evolución se añade la creciente pluralidad de las formas familiares. Algunos ordenamientos admiten, como veíamos, que los progenitores del niño puedan ser parejas de mujeres sin que haya mediado adopción, dando así entrada a la voluntad o intención como criterio de establecimiento de la relación. Proliferan asimismo las familias reconstituidas en las que el rol paterno o materno es, de hecho, ejercido por la pareja del ascendiente. Algunos ordenamientos reconocen a ese tercero derechos de responsabilidad parental, que no son necesariamente iguales que los que corresponden a los ascendientes⁷. En otros ordenamientos se da incluso

⁶ Cfr. FARNOS AMOROS, E., *op.cit.*, p. 186.

⁷ Vide § 1687b del Código civil alemán que atribuye el que denomina *kleines Sorgerecht* al cónyuge del progenitor. Respecto a la atribución de la responsabilidad

un paso ulterior, permitiendo que más de dos personas puedan ser padres de un niño, unas en virtud del origen biológico y otras por la intención o por el ejercicio de la función⁸, admitiéndose también la entrada de la autonomía de la voluntad en la materia.

El Derecho material de la filiación está en la actualidad en crisis y ha de repensarse. En ese proceso, que está en fases distintas en los diferentes ordenamientos, no puede desconocerse el impacto de la globalización.

3. FILIACIÓN Y GLOBALIZACIÓN

Uno de los principales retos a la hora de repensar la relación jurídica de filiación es el impacto de la globalización. En materia de reproducción asistida la diversidad en las regulaciones de los distintos Estados es causa principal del turismo reproductivo.⁹ Países que, como España, prohíben¹⁰ la gestación por sustitución, no logran impedir que sus ciudadanos la contraten en el extranjero, en Estados que permiten o, al menos, toleran dicha práctica. A la inversa, nuestro país es muy liberal por lo que respecta a otros tratamientos y a la donación de óvulos y embriones. Recientemente se ha escrito que España, y en particular Barcelona, se ha convertido en lugar de peregrinación para tratamientos de reproducción asistida, calculándose que un 60% de los pacientes son extranjeros¹¹. De hecho, los dos casos de doble maternidad respecto a los cuales se ha pronunciado el TJUE son

parental a terceros puede consultarse BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZALEZ BEILFUSS, C., JÁÑTERAA- JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W., *Principles of European Family Law Regarding Parental responsibilities*, Intersentia, Antwerpen, 2007, pp. 66-78.

⁸ SCHWENZER, I., Plurale Elternschaft, en *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages*, Essen 2016, vol. II, pp. 25- 39

⁹ HACKER, D.: *Legalized families in the era of bordered globalization*, CUP, Cambridge, 2017, pp.118-120.

¹⁰ Es controvertido que España prohíba realmente la gestación por sustitución, pues la Ley de técnicas de reproducción asistida se limita a declarar nulo el contrato y a decir que se aplicaran las reglas generales de atribución de la filiación. Cfr. FARNÓS AMORÓS, E., “Spain” en SCHERPE, J.M., FENTON-GLYNN, C. y KAN, T., *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge, 2019, p. 62.

¹¹ Cfr. “Barcelona, capital del turismo de fertilidad: 'boom' de clínicas y de pacientes extranjeras”, El Confidencial 13 de febrero de 2023, https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2023-02-13/barcelona-turismo-fertilidad-clinicas-extranjeras_3573805/ (Consulta: 13 de febrero de 2023)

relativos a certificados de nacimiento españoles en los que parejas de mujeres extranjeras constaban como progenitoras del niño¹².

Las familias son cada vez más diversas y la vida familiar contemporánea se caracteriza por una movilidad creciente. No son pocas las familias compuestas por personas de diversas nacionalidades que viven a caballo de distintos países. No basta, por tanto, con repensar el Derecho de la filiación a efectos internos, para el Derecho material del foro, pues inevitablemente este ordenamiento jurídico tendrá que afrontar situaciones creadas en el extranjero. Estos casos no son en el momento actual supuestos minoritarios que sea posible ignorar.

Las cuestiones de Derecho internacional privado que se plantean en esta materia no surgen, por otro lado, únicamente en relación con las nuevas formas familiares y las técnicas de reproducción asistida. La diversidad legislativa es muy acusada, incluso en ámbitos más tradicionales. Basten al efecto algunos ejemplos. Hay diferencias fundamentales en cómo se resuelve la atribución de la paternidad en caso de divorcio de la madre durante la gestación. Algunos ordenamientos mantienen la denominada regla de los 300 días y atribuyen la paternidad al hombre del que la madre se ha divorciado¹³, de forma que el padre biológico se ve obligado a impugnar dicha paternidad si desea reconocer al hijo, mientras que otros sistemas desactivan la presunción matrimonial precisamente en virtud del divorcio y permiten al padre biológico reconocer al niño desde el nacimiento o incluso con anterioridad¹⁴. Discrepan asimismo los ordenamientos en los requisitos del reconocimiento de un hijo en vía extrajudicial. En algunos casos ha de producirse necesariamente frente a una autoridad, mientras que en otros puede efectuarse en acto privado. Algunos sistemas subordinan la eficacia del reconocimiento paterno al consentimiento materno con lo cual éste deja de ser un acto unilateral¹⁵.

Hay también importantes diferencias por lo que respecta a la admisibilidad de los denominados reconocimientos de complacencia, en los que el autor del reconocimiento, sabiendo que no es el padre biológico del hijo, declara su voluntad de reconocerlo, con la finalidad jurídica de constituir

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2022, Asunto C-2/21, *Rzecznik Praw*, ECLI:EU:C:2022:502.

¹³ Art. 116 Código civil español.

¹⁴ § 1599 II BGB alemán.

¹⁵ § 1594 ff BGB alemán.

una relación de filiación paterna. Estos reconocimientos se diferencian de manera radical de los reconocimientos de conveniencia o reconocimientos simulados no infrecuentes a fin de acceder a los beneficios que puedan derivar del vínculo de filiación en ámbitos tan sensibles como la seguridad social, la extranjería o la nacionalidad. Todos los ordenamientos combaten la simulación atribuyendo, por ejemplo, legitimación activa al Ministerio Fiscal para invalidar los reconocimientos fraudulentos.

La excepción de orden público tiene una incidencia acusada en esta materia pues los valores en juego son fundamentales. No se aplica únicamente en los casos de gestación por sustitución o doble maternidad, sino, por ejemplo, también cuando un ordenamiento extranjero impide al hijo conocer sus orígenes. En materia de filiación es además acusado el protagonismo de la cuestión preliminar como problema de aplicación de la norma de conflicto. La cuestión preliminar se plantea muy frecuentemente en el momento del establecimiento de la relación de filiación, pues la atribución de la filiación a una segunda persona en el momento del nacimiento depende de que la madre esté o no casada y pueda o no aplicarse la presunción matrimonial. En muchas otras controversias es la relación de filiación la que se plantea como cuestión preliminar o incidentalmente. Así ocurre con frecuencia en las reclamaciones de alimentos o en el ámbito del Derecho de sucesiones

Una eventual unificación de las normas de Derecho internacional privado como la que se estudia en la Conferencia de La Haya o la Unión Europea se enfrenta, por consiguiente, a notables retos. En primer lugar, es obvio que es difícil legislar en materia de DIPr cuando el Derecho sustantivo es muy diverso y está en proceso de redefinición. Tampoco se puede legislar únicamente para las situaciones vinculadas a las técnicas de reproducción asistida o a los nuevos modelos familiares. Es necesario abordar la filiación desde un planteamiento general aplicable a todos los supuestos. Finalmente, y ésta será la cuestión que se abordará en el siguiente apartado, se ha de tener en cuenta el impacto en la materia de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE.

4. FILIACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Una regulación de DIPr en materia de filiación por naturaleza no puede desconocer la jurisprudencia del TEDDHH y el TJUE. La dificultad a la hora de procesar esa jurisprudencia e integrarla en un planteamiento general de DIPr es doble. De una parte, tanto el TJUE como el TEDDHH

intervienen únicamente en relación a casos concretos, y, de otra, ninguno de estos órganos jurisdiccionales razona en términos de DIPr.

4.1. TEDH y Filiación

El TEDH se ha enfrentado a las cuestiones de DIPr en materia de filiación por naturaleza en su jurisprudencia, ya numerosa, sobre la gestación por sustitución. Los casos analizados hasta la fecha son mayoritariamente¹⁶ supuestos internacionales. Tras haber contratado la gestación por sustitución en el extranjero, los comitentes pretenden que el Estado en el que tienen su residencia habitual¹⁷ y del que muchas veces son nacionales reconozca la relación de filiación establecida en el extranjero, pese a que dicho Estado prohíba la gestación por sustitución. Frente a la negativa de las autoridades alegan la vulneración del derecho a la vida familiar (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Las decisiones del TEDH dependen en gran medida de las circunstancias del caso concreto y del *iter* procesal¹⁸. Por consiguiente, es siempre aventurado intentar extraer ninguna consecuencia general. Pero, me parece, que sí que puede concluirse que hay dos supuestos en los que se vulnera el derecho a la vida familiar. Un primer supuesto sería aquel en el que se impide el establecimiento de la paternidad respecto a un hombre que es genéticamente el ascendiente del niño. En este caso se lesiona el derecho a la vida privada y a la identidad de ese niño. El segundo caso es aquel en el que ha habido una vida familiar fáctica, en cuyo caso estaría en juego el derecho a la vida familiar de todos los implicados y no únicamente del niño. Mientras que en el primer caso los Estados gozan de un margen de apreciación estrecho pues está en juego el derecho a la identidad del

¹⁶ Son excepcionales los casos internos como el resuelto en la Sentencia del TEDH (Sección 5ª), Caso A.L. c. Francia, 7 de abril de 2022.

¹⁷ EL TEDH declaró inadmisibles dos demandas en los que el comitente era de nacionalidad polaca, pero residía habitualmente en Israel porque no había base fáctica para considerar que se había lesionado el derecho a la vida familiar por parte de Polonia. Vide, Sentencia del TEDH, Casos S.-H. c. Polonia, 16 de noviembre de 2021.

¹⁸ Un aspecto esencial es si el niño es o no parte en el procedimiento. En la sentencia del TEDH (Gran Sala), Caso Paradiso c. Italia, 24 de enero de 2017, en la que el Tribunal entendió que Italia había actuado dentro de su margen de apreciación, no había vínculo genético entre el niño y el comitente y además el niño no era parte en el procedimiento por lo cual el objeto del examen fue únicamente la violación del derecho a la vida familiar de los comitentes.

niño¹⁹, en el segundo, el margen de apreciación es mayor y en determinadas circunstancias se respetaría el derecho a la vida familiar simplemente permitiendo la continuidad de esa relación fáctica²⁰.

El TEDH no razona en términos de DIPr. La vulneración del derecho a la vida familiar puede producirse tanto si se deniega el reconocimiento de una decisión judicial o un documento público extranjero, como si se impide el establecimiento de la filiación en aplicación del Derecho del foro. Y el derecho a la vida familiar puede salvaguardarse aun cuando se deniegue el reconocimiento de una filiación establecida en el extranjero, siempre que se permita su establecimiento o reconstrucción²¹ de conformidad con el Derecho interno. Así ocurre de manera muy significativa en relación a la filiación materna. Es conforme al Convenio Europeo de Derechos humanos considerar que madre es únicamente la mujer que ha dado a luz y negarse a reconocer un vínculo de filiación entre el niño y la comitente, incluso si ésta ha aportado el óvulo²². Pero si hay lesión a la vida familiar es necesario que se permita el establecimiento de la relación de filiación por otro mecanismo jurídico, como podría ser la adopción, y es exigible cierta celeridad, en aras del interés del niño²³.

¿Cuáles serían las consecuencias de esta jurisprudencia del TEDH para una regulación de las cuestiones de DIPr de la filiación por naturaleza? Me parece, que no deriva de esta jurisprudencia ninguna obligación general de reconocimiento de la situación creada en el extranjero, aunque obviamente los legisladores estatales puedan optar por adoptar normas liberales, si así les parece conveniente. La única obligación que deriva, en el momento actual, del Convenio europeo de derechos humanos es la de resolver

¹⁹ Sentencias del TEDH (Sección 5ª), Casos *Mennesson y Labassé c. Francia*, 26 de junio de 2014.

²⁰ Por ejemplo, cuando ya no es posible una adopción conjunta por los comitentes con los que el niño no tiene ningún vínculo genético porque el matrimonio se ha divorciado. Sentencia del TEDH, (sección 3ª) asunto *Valdís Fjölfnisdóttir and Others c. Islandia*,

²¹ La expresión fue acuñada en *FULCHIRON, H. y BIDAUD-GARON, Ch.*, “Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso*, de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue critique de droit international privé*, 2015, pp. 1-42.

²² Sentencia del TEDH (Sección 5ª), caso *D. c. Francia*, 16 de julio de 2020.

²³ Opinión consultiva del TEDH (Gran Sala), 10 de abril de 2019.

con flexibilidad los casos concretos²⁴. Dicho esto, es, sin embargo, también cierto que en muchos casos los comitentes podrán seguir asumiendo la crianza del niño, lo que acaba significando cierta aceptación de la relación constituida en el extranjero. Este resultado tensiona al legislador interno pues hace difícil el mantenimiento de posiciones cerradas de prohibición de la gestación por sustitución.

4.2. *TJUE y Filiación*

En dos sentencias recientes²⁵, el TJUE se ha pronunciado sobre el reconocimiento de una relación de filiación en relación con el ejercicio de los derechos de libre circulación inherentes a la ciudadanía europea. Los dos casos son muy parecidos y se refieren a certificados de nacimiento emitidos en España en los que dos mujeres extranjeras constaban como progenitoras del niño. El litigio se suscita al solicitarse la emisión de documentación de viaje para el menor en el Estado miembro del que una de las madres es nacional. La petición es denegada porque la emisión del pasaporte presupone, según el derecho interno, la previa emisión de un certificado de nacimiento nacional. Los dos Estados concernidos, Bulgaria y Polonia, se negaron a aceptar la doble maternidad que consta en el certificado español por considerar que es contraria al orden público.

Nuevamente, el internacionalprivatista se enfrenta a una jurisprudencia que no razona en términos de DIPr. El TJUE examina si la negativa a reconocer la situación jurídica creada en otro Estado miembro constituye un obstáculo para el ejercicio de los derechos de libre circulación. Concluye en sentido afirmativo por lo que analiza a continuación si esa vulneración está justificada, es necesaria y proporcional, lo que también niega. El Tribunal dictamina, por tanto, que el niño, debe recibir documentos de viaje. La expedición de tales documentos no puede depender del reconocimiento del certificado de nacimiento extranjero que menciona a dos mujeres como madres del niño. Sin embargo, este certificado de nacimiento extranjero serviría como documento para que las personas en él menciona-

²⁴ Se puede discutir el mayor o menor acierto de los tribunales al hacerlo, sin que ello implique, sin embargo, que infrinjan el margen de apreciación del que tiene el Estado en la materia. Cfr. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022”, *Diario La Ley*, N° 10069, Sección Tribuna, 16 de Mayo de 2022.

²⁵ *Vid.* nota 14.

das puedan acompañar al niño cuando se desplace. Ni Bulgaria ni Polonia estarían, por tanto, obligadas a registrar ni a emitir ningún documento que establezca que las dos mujeres mencionadas en el certificado español son las progenitoras del niño. El Derecho de la Unión obliga únicamente a reconocer la relación de filiación a efectos del ejercicio del derecho de libre circulación y no del Derecho de familia y sucesiones búlgaro o polaco.

Se han hecho distintas lecturas de la jurisprudencia del TJUE. Hay quien considera que estas sentencias abren camino a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, pues el Derecho de la Unión Europea tiene potencialmente un ámbito de aplicación amplio²⁶, mientras que otros autores ponen el énfasis en sus límites y en el hecho de que la Unión carece de competencia en Derecho civil²⁷. Como ya he señalado en otro lugar la situación recuerda a la que se produjo en materia de reconocimiento de sociedades²⁸. Por consiguiente, creo que, de no mediar intervención legislativa, se producirá una situación de incertidumbre análoga a la que se produjo en esa materia. El TJUE intervendrá al hilo de los casos concretos que se puedan suscitar. No cabe descartar que en algún caso el TJUE considere que el obstáculo a la libre circulación esté justificado y sea necesario y proporcional. Así ha ocurrido en alguna de las sentencias dictadas en relación al nombre de las personas físicas, para salvaguardar cuestiones menos trascendentes que las que están en juego en la materia que nos ocupa²⁹.

A efectos de este trabajo la cuestión decisiva es nuevamente si la jurisprudencia del TJUE condiciona las reglas de DIPr que se puedan adop-

²⁶ KOHLER, Ch., “Status und Mobilität in der Europäischen Union”, *IPrax*, 2022, pp. 230-231.

²⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 102, abril 2022, aptdo. 8.

²⁸ Cfr. GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Libre circulación de personas y homoparentalidad: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, Asunto C- 490/20, Pancharevo”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 43, junio de 2022, pp. 8-13.

²⁹ Como por ejemplo la abolición de títulos nobiliarios o la preservación de normas ortográficas. Cfr. STJUE, 22 Diciembre 2010, Asunto C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806, STJUE, 2 Junio 2016, Asunto C-438/14 *Bogendorff von Wolffendorff*, ECLI:EU:C:2016:401 y STJUE, 12 Mayo 2011, Asunto C-391/09 *Runevi - Vardyn*, ECLI:EU:C:2011:291. Sobre los límites de la intervención del TJUE vide GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “The contribution of the CJEU to International family law” (en prensa).

tar en materia de filiación. Al igual que ocurre con la jurisprudencia del TEDH me parece que la conclusión es negativa, aunque sí que es cierto que unas reglas liberales de DIPr se acomodan mejor con las exigencias derivadas del Derecho de la Unión.

5. LA UNIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE DIPR

La filiación por naturaleza es uno de los pocos ámbitos del derecho de familia en el que no existen normas internacionalmente uniformes. El momento actual se caracteriza porque dos organizaciones internacionales, la UE y la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, han coincidido en iniciar trabajos en relación a esta materia.

Estos trabajos son todavía incipientes. Un análisis exhaustivo de las propuestas que están en estos momentos encima de la mesa excedería los límites de este trabajo. Mi propósito es más modesto. Me limitaré a contextualizar dichas iniciativas y a valorar en qué medida se trata de propuestas equilibradas.

5.1. La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado

La Conferencia de La Haya empezó a interesarse por la materia en 2010, cuando el Consejo de Asuntos Generales de la organización instruyó a la Oficina Permanente a hacer un seguimiento de las cuestiones de DIPr relativas al reconocimiento de la filiación por naturaleza. En esta primera referencia ya se resaltaba la preocupación de los Estados por la protección del niño en situaciones abusivas relacionadas con la gestación por sustitución³⁰. La maternidad subrogada ha ocupado un lugar central en el Proyecto de la Conferencia desde el momento inicial.

En 2015 el Consejo de Asuntos Generales de la Conferencia aprobó la constitución de un Grupo de expertos a fin de que examinara si era deseable y factible iniciar negociaciones para la conclusión de un Tratado internacional en materia de filiación. Ese Grupo de expertos, del que ha formado parte quien suscribe, desde su constitución, se reunió doce veces hasta que el Consejo de Asuntos Generales de marzo de 2023 decidió su extinción y la constitución de un Grupo de trabajo.

³⁰ Conclusiones y Recomendaciones del Consejo de Asuntos Generales del año 2010, p.3.

El mero hecho de que pese a su limitado mandato el Grupo de expertos se haya prolongado tanto a lo largo del tiempo es revelador. Los Estados miembros de la Conferencia mantuvieron el tema en *stand by* esencialmente porque, a pesar de que hay coincidencia en que sería deseable disponer de un instrumento internacional, persisten las dudas acerca de si es factible su negociación.

El caballo de batalla es la gestación por sustitución y las dificultades son políticas. Como ocurre en muchas ocasiones los extremos se tocan y se oponen de plano a una regulación, tanto quienes consideran que en esta materia se debe dejar actuar al libre mercado, como quienes defienden la prohibición de la gestación por sustitución. Los primeros consideran que un instrumento de Derecho internacional privado sólo es legítimo si no condiciona el reconocimiento de la filiación a ningún requisito o garantía de carácter material, pues no corresponde al Derecho internacional privado regular por la puerta de atrás la gestación por sustitución; los segundos defienden que un instrumento de Derecho internacional privado no puede servir para legitimar una práctica que debería prohibirse a escala mundial. El punto de encuentro se sitúa necesariamente en la zona de grises, lejos de posturas esencialistas que, en definitiva, se quedan ancladas en un *status quo* que tiene como claro beneficiario a la industria³¹.

Durante sus largos años de existencia el Grupo de expertos de la Conferencia de La Haya ha trabajado sobre textos articulados, pese a no estar en puridad en posición de negociar nada. El objetivo de esos textos era testear cuáles podían ser las líneas rojas de unos y otros. En el momento actual no se puede aventurar cuál será la suerte de los trabajos del Grupo de expertos. Dependerá de la composición del Grupo de trabajo, de si éste incluye o no a personas nuevas con ideas y propuestas distintas y de lo que quieran los Estados, que tendrán mayor influencia en este Grupo que en el Grupo anterior³². Por tanto, carece de interés un examen completo de las propuestas del Grupo de expertos. Me parece, en cambio, pertinente centrar la atención en algunos aspectos cardinales del proyecto que, creo, continuarán siendo capitales en la próxima etapa.

³¹ Cfr. GONZALEZ BEILFUSS, C.: "Western-European Approaches to Surrogacy", en prensa.

³² Aunque la "independencia" de algunos en el Grupo de expertos haya sido muy relativa, tratándose de personas que trabajan en los Ministerios en sus países.

5.1.1. ¿Un único o varios instrumentos?

El Grupo de expertos trabajó a partir de 2019 sobre la base de que era más factible negociar dos instrumentos, un Convenio general en materia de filiación y un Protocolo relativo la gestación por sustitución, de manera que los Estados que se opusieran radicalmente a la regulación de la gestación por sustitución pudieran no estar vinculados a las reglas comunes que se negociaran en la materia. Esta aproximación se defendía también en el Informe final del Grupo de expertos.

Con carácter previo al Consejo de Asuntos Generales de este año una de las cuestiones en las que discrepaban los Estados era en si convenía empezar por el Convenio general en materia de filiación o por el contrario debía darse preferencia a la negociación de las normas relativas a la gestación por sustitución³³, pues no parecía que la Oficina Permanente tuviera recursos suficientes para una negociación simultánea. Finalmente, se impuso, inesperadamente, una posición que vuelve sobre el punto de partida. El Consejo de Asuntos Generales recomendó que el nuevo Grupo de trabajo estudiara inicialmente la elaboración de un único instrumento.

Quienes defienden que la filiación se aborde sin distinciones en un único instrumento a menudo sacan a colación el principio de no discriminación. Este no es, desde mi punto de vista, un argumento relevante. Es obvio que el contenido y los efectos de la relación de filiación deben ser los mismos para todos los niños independientemente de la forma y las circunstancias en las que fueron concebidos, pero esta forma y circunstancias pueden exigir reglas especiales³⁴.

Estas reglas especiales tendrían como una de sus funciones restringir la aplicación de la excepción de orden público, que podría ser prescindible en algunos casos, si se hubieran respetado ciertas garantías o condiciones, tal y como se desarrollará más adelante. Contribuirían a hacer efectiva la continuidad en el espacio de la relación de filiación resultante de un con-

³³ La primera postura la defendía por ejemplo la Unión Europea probablemente porque le permitía eludir la discrepancia interna y la segunda Estados como Suiza o el Reino Unido que entienden que la cuestión verdaderamente necesitada de acción es la gestación por sustitución.

³⁴ La distinción entre filiación matrimonial y extramatrimonial se mantiene, pese a que no se hagan distinciones entre los hijos matrimoniales o extramatrimoniales porque el matrimonio de la madre es relevante de cara al método de establecimiento de la filiación paterna. De manera análoga una gestación por sustitución plantea cuestiones específicas que requieren de normas de Derecho internacional privado especiales.

trato de gestación por sustitución. Una aplicación de las normas generales no modificaría el *status quo*, marcado por la aplicación de la citada excepción, pues no cabe esperar que los Estados renuncien a la misma. Aunque la jurisprudencia del TEDH o el TJUE pueda atenuar la excepción, su aplicación *ad casum* genera incertidumbre y falta de previsibilidad.

Si el Grupo de trabajo concluye, como creo es inevitable, que la gestación por sustitución exige reglas especiales, y si, además, se pone de manifiesto que algunos Estados son reticentes y conviene introducir cierta flexibilidad, es de importancia secundaria que se opte por un Protocolo o por un sistema de reservas o declaraciones. Existen precedentes en uno y otro sentido en los instrumentos adoptados por la Conferencia³⁵.

5.1.2. Reconocimiento de sentencias o reconocimiento también de documentos públicos

Otra cuestión que el Grupo de trabajo tendrá que examinar es si el instrumento ha de referirse únicamente al reconocimiento de sentencias o incluir también los casos en los que la filiación se establece en vía extrajudicial. La primera opción plantea menos dificultades, pues existen más precedentes³⁶. Si el foco fuera únicamente la gestación por sustitución podría justificarse en virtud de la mayor confianza que inspira la intervención de un juez de cara a la verificación del cumplimiento de ciertas garantías.

Si se pretende, en cambio, una aproximación general a la materia, un instrumento limitado al reconocimiento de sentencias sería claramente insuficiente pues mayoritariamente la filiación se establece por ministerio de la ley y documenta en el certificado de nacimiento. Sería también preciso incluir a los actos voluntarios de reconocimiento de la filiación que pueden o no exigir la intervención de una autoridad pública, según los ordenamientos, y que constan en muchas ocasiones en documento público.

Los certificados de nacimiento plantean dificultades desde un punto de vista técnico. Para empezar, son de valor muy desigual en los distintos sistemas. En algunos, un certificado de nacimiento únicamente certifica el hecho del nacimiento y nada significa jurídicamente respecto a la filiación

³⁵ En materia de alimentos se optó por un Protocolo que contiene las normas de ley aplicable, mientras que la intervención de agencias de adopción privadas en el Convenio de adopción se somete a un sistema de reservas y adopciones.

³⁶ El último el Convenio de 2019.

del nacido, en otros se presume que las personas que se nombran en el certificado son los padres del niño. Finalmente, se emiten también certificados cuando la filiación se establece en sentencia judicial o a partir de un acto voluntario de reconocimiento. En cualquier caso, es erróneo pensar que el certificado establece la filiación, pues esta deriva de la aplicación de la ley, de la sentencia o del acto.

Como ocurre con todos los documentos públicos, se han de distinguir dos vertientes, el reconocimiento del documento como *instrumentum* o validez extrínseca y el reconocimiento del documento como *negotium* o validez intrínseca. En relación a la primera cuestión existen iniciativas regionales como los Convenios CIEC³⁷ o el Reglamento UE³⁸ que podrían ser útiles para facilitar el uso extraterritorial de estos documentos a escala global. Las dudas respecto a la autenticidad de los certificados de nacimiento no son, en efecto, infrecuentes. Serían útiles también los formularios plurilingües. El uso de las nuevas tecnologías podría ser un elemento a considerar.

El verdadero talón de Aquiles es, sin embargo, la validez intrínseca del contenido del documento. El Grupo de expertos examinó dos aproximaciones, una más tradicional que pasaría por la aplicación de la técnica conflictual y otra más novedosa que adoptaría el método del reconocimiento. Se juzgó útil, en cualquier caso, la adopción de normas de conflicto uniformes, aunque algunos expertos expresaron la dificultad que supondría la aplicación de Derecho extranjero, objeción que no sorprende, pues es recurrente en la Conferencia.

5.1.3. La gestación por sustitución

Como señalaba antes, la gestación por sustitución es el aspecto central del Proyecto de La Haya. Por esta razón me parece de interés presentar brevemente cuales son las principales ideas que se han manejado.

³⁷ Convenio de la Comisión internacional de estado civil número 16. Expedición de certificaciones plurilingües de las actas del Registro Civil (BOE núm. 200, de 22 de agosto de 1983) y Convenio de la Comisión internacional de estado civil número 17. Dispensa de legalización de ciertos documentos (BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1981).

³⁸ Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, DOUE núm. 200, de 26 de julio de 2016.

Inicialmente se pensó en propugnar una regulación inspirada por el Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción. Este modelo, al que se denominó el modelo *a priori*, no se rechazó nunca de manera categórica, aunque pronto se puso de manifiesto que planteaba grandes dificultades, pues implica una cooperación de autoridades con carácter previo a la conclusión del contrato y la concepción del niño. No es imaginable que ello sea aceptable para un Estado que como el nuestro “prohíbe” la gestación por sustitución en su Derecho interno. Ni tampoco parece que los Estados de origen vayan a tener interés en involucrar a sus autoridades públicas en una actividad puramente privada como la que llevan a cabo los centros de reproducción asistida. Aunque la adopción internacional y la gestación por sustitución puedan parecer vías alternativas para acceder a la paternidad, son muy dispares. La adopción se considera mayoritariamente una institución beneficiosa que se incardina en el sistema de protección de menores de los Estados, mientras que la gestación por sustitución es una práctica controvertida que se lleva a cabo en el sector privado.

El modelo que durante buena parte de los trabajos del Grupo de expertos centró los debates fue el que se bautizó como modelo *a posteriori*. La idea básica sería facilitar el reconocimiento de las relaciones de filiación que surjan como consecuencia de una gestación por sustitución que haya tenido lugar en otro Estado contratante, siempre que en la misma se hayan respetado ciertos estándares mínimos de protección. El cumplimiento de esos estándares se verificaría en el caso concreto por una autoridad del Estado requerido que emitiría el correspondiente certificado. Por consiguiente, no se trataría ya de articular una cooperación de autoridades previa al establecimiento de la filiación, sino que nos situaríamos en el plano del reconocimiento de la situación creada en otro Estado contratante. Ese reconocimiento se condicionaría al cumplimiento de ciertas condiciones mínimas.

Fue en la concreción de las garantías a las que se condiciona el reconocimiento donde surgió la controversia. Posiblemente como consecuencia del peso del Convenio de La Haya de adopción algunos pretendieron introducir una lista muy amplia de requisitos, que hubiera obligado a los Estados de origen a introducir muchos cambios en sus regulaciones sobre la práctica de la gestación, si querían asegurar el reconocimiento de la relación de filiación resultante. Pronto fue evidente que esto no era factible. En un segundo momento se intentó, por tanto, reducir las garantías hasta el límite mínimo de la decencia a fin de reequilibrar la balanza entre reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, pero la determinación de cuáles serían esos requisitos mínimos continuó siendo controvertida.

En ese momento se puso encima de la mesa una nueva propuesta, el que pasó a llamarse modelo alternativo, que prescinde de la negociación de condiciones uniformes a las que se subordina el reconocimiento. La idea que propugnaron sus partidarios es que los Estados de origen elaboraran un *Country report* con información sobre la regulación y práctica de la gestación por sustitución en ese país y los demás Estados contratantes aceptaran entrar en relaciones bilaterales sobre la base de dicha información.

El modelo alternativo prescinde de la verificación del cumplimiento de las garantías en el caso concreto. Esto podría ser aceptable únicamente si en la constitución de la filiación interviene un juez, en cuyo caso tampoco sería demasiado difícil que fuera la autoridad de emisión del certificado previsto en el modelo a posteriori. La verdadera diferencia entre uno y otro modelo es que el modelo alternativo prescinde de la negociación de garantías uniformes. Se trata, en definitiva, de una especie de contrato de adhesión que los Estados de origen ofrecen a los Estados de recepción. Por consiguiente, la protección de los derechos fundamentales no se integraría en las normas de DIPr, sino que se vehicularía a través de las normas del derecho material del Estado de origen.

Es en estos momentos es difícil saber cuál será la suerte de estas propuestas. Pero, en cualquier caso, creo que la introducción de garantías mínimas es la principal cuestión controvertida. Sus adversarios argumentan que no corresponde al DIPr introducir estándares mínimos de protección de los derechos fundamentales relativos al momento inicial de establecimiento de la relación de filiación, pues la misión de nuestra disciplina es asegurar la continuidad en el espacio de la relación jurídica ya creada. Curiosamente este posicionamiento, que tiene como claro beneficiario a la industria, coincide con el de la UE.

5.2. La propuesta de Reglamento UE

La propuesta de Reglamento en materia de filiación presentada por la UE surgió de manera sorpresiva, a raíz de una intervención de la presidenta de la Comisión, *Ursula von der Leyen*, en su discurso del estado de la Unión del año 2020. Mientras que el proyecto de La Haya se inicia por una preocupación respecto a las condiciones en las que se constituye la relación de filiación en supuestos de gestación por sustitución, el proyecto europeo tiene su razón de ser en la falta de continuidad de las relaciones de filiación en el espacio.

La iniciativa europea surge, en efecto, como detalla el memorando que acompaña a la propuesta, porque los ciudadanos europeos encuentran

dificultades en el ejercicio de la libre circulación. La propuesta de Reglamento pretende asegurar el reconocimiento de la filiación no únicamente a los efectos del ejercicio de la libre circulación que ya garantiza la jurisprudencia del TJUE antes comentada, sino a todos los efectos. Se entiende que la falta de continuidad en el espacio de la relación de filiación lesiona los derechos de los niños, pues puede resultar en una denegación de derechos que derivan de la filiación en ámbitos como el sucesorio, el derecho de alimentos y la responsabilidad parental. La solución que se persigue es aparentemente muy sencilla, “si eres padre en un país debes ser padre en los demás países”. Se privilegia, por tanto, el reconocimiento mutuo que se entiende como una forma de salvaguardar el derecho del niño a una vida familiar. No se tiene en cuenta nada más.

La Propuesta de Reglamento fue elaborada en tiempo ‘record’ por la Comisión Europea. Tras el discurso de la presidenta de la Comisión el 20 de septiembre de 2020, la cuestión se incluyó en la estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020- 2025 que se adoptó el 12 de noviembre del mismo año³⁹ y en la estrategia de la UE sobre los derechos del niño adoptada el 24 de marzo de 2021⁴⁰. Allí ya se preveía que la Comisión propusiera en 2022 una iniciativa legislativa horizontal para apoyar el reconocimiento mutuo de la *parentalidad* entre los Estados miembros. Afortunadamente este término se corrigió⁴¹ adoptándose el 7 de diciembre de 2022 la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo*⁴².

Nuevamente no es este el momento ni el lugar para efectuar un análisis exhaustivo de un texto que está en el momento inicial de la negociación. Me limitaré a hacer algunas consideraciones acerca de algunos de los aspectos que me parecen más problemáticos. En muchos casos no iré mucho más allá de identificar el problema, pues a pesar de haber participado en el Grupo de expertos de la Comisión, ese Grupo de expertos intervino de manera limitada y con anterioridad a la redacción de las normas propuestas.

³⁹ COM (2020) 698 final.

⁴⁰ COM/2021/142 final

⁴¹ En español jurídico la parentalidad es un neologismo que asocia al plan de parentalidad y, por tanto, al ejercicio de la responsabilidad parental.

⁴² COM/2022/695 final.

5.2.1. El ámbito de aplicación material

La Propuesta de Reglamento se presenta como una Propuesta general que regula tanto el establecimiento como la impugnación de la filiación. Sin embargo, es bastante evidente que no se han tenido en cuenta todos los supuestos, posiblemente, porque se piensa que los casos problemáticos a los que se ha de atender son los que dan pie a quejas al Parlamento o a la Comisión europea y han sido objeto de intervención judicial por el TJUE.

En general, cabe decir que el texto descuida la regulación de la impugnación de la filiación, proponiendo, por ejemplo, como regla general en materia de ley aplicable, que rija la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz en el momento del nacimiento (art. 17), cuando este ordenamiento puede carecer de relación con la cuestión en un momento posterior. Es más, el art. 19 de la Propuesta establece que si se produce un cambio en la ley aplicable ha de subsistir la relación de filiación determinada conforme a la ley anterior. No acaba de verse cuando se puede producir tal cambio salvo en caso de error en la determinación de la residencia habitual. En cualquier caso, esta regla, que parece inspirarse en el art. 16.3 del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores⁴³, carece de sentido en materia de filiación por naturaleza, pues una de las finalidades de las acciones de filiación es impugnar la filiación legalmente establecida cuando no corresponde con la verdad biológica.

La Propuesta de Reglamento es además poco clara respecto a la adopción. Conforme a la letra a) del art. 3 se excluye del ámbito de aplicación material del Reglamento a las adopciones internacionales en el texto español y a las “*intercountry adoptions*” en el texto inglés. Si atendemos al Considerando (27) del Preámbulo, que hace referencia al Convenio de La Haya de 1993, la versión inglesa parece más exacta. Por tanto, se excluirían únicamente las adopciones que impliquen un traslado del niño desde su Estado de residencia habitual al Estado de residencia habitual de los adoptantes y ello tanto si rige respecto a las mismas el Convenio como si no. Ello quedaría corroborado por el hecho de que el Considerando (26) define a las adopciones domésticas, nacionales en la versión española, como aquellas en las que el hijo o la hija y el progenitor o los progenitores adoptivos tienen su residencia habitual en el mismo Estado miembro.

⁴³ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

El equívoco surge luego, cuando se dice que estas adopciones domésticas no presentan elementos transfronterizos, lo que no es necesariamente cierto. El hecho de que adoptante y adoptado tengan su residencia habitual en un Estado miembro en el momento de la adopción no excluye la concurrencia de otros elementos internacionales, como la nacionalidad extranjera de unos y otros. Ni tampoco que el niño hubiera tenido en el pasado su residencia habitual en el extranjero o hubiera nacido allí. Por tanto, estas adopciones domésticas no serían necesariamente adopciones internas y precisarían de normas de DIPr. Al no haberse excluido del ámbito material de aplicación del Reglamento, serían aplicables las reglas de éste, obviamente inadaptadas a la adopción.

Se podría haber optado por excluir totalmente a la filiación adoptiva que, por su relación con el sistema de protección de menores, plantea dificultades específicas. Sin embargo, como se legisla *ad casum*, se opta por incluir a las adopciones domésticas a fin de que se apliquen las reglas del Reglamento al reconocimiento de estas adopciones, tal y como explicita el Considerando (25). Inevitablemente viene a la mente que la adopción es una de las vías a través de las cuales acaba estableciéndose la filiación en los casos de gestación por sustitución. No se tiene en cambio en cuenta que en otros muchos supuestos hay una relación evidente entre estas mal llamadas adopciones domésticas y la protección de menores, habiéndose incluso producido fricciones entre los Estados miembros en casos en los que los servicios sociales privilegiaron la constitución de adopciones de niños nacionales de otro Estado miembro sin agotar las posibilidades de colocación de esos niños con su familia residente en el Estado del que el niño es nacional⁴⁴.

5.2.2. El ámbito de aplicación en el espacio

A lo largo de la Propuesta se hace referencia al establecimiento de la filiación en un Estado miembro y a su reconocimiento en los demás. La idea implícita es que el Reglamento no se aplica, si la filiación se establece en un Estado tercero. Pero esa delimitación del ámbito de aplicación en el espacio descansa sobre un equívoco. Cuando la filiación se establece por ministerio de la ley, no se establece en realidad en ningún lugar.

⁴⁴ Vide el estudio de FENTON- GLYNN, C., “Adoption without consent”, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556940/IPOL_STU\(2016\)556940_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556940/IPOL_STU(2016)556940_EN.pdf) (consulta: 19 de marzo de 2023)

El certificado de nacimiento no establece la filiación, sino que simplemente documenta lo que resulta de la aplicación de la ley. No es, por consiguiente, imposible que una persona pueda tener varios certificados de nacimiento, emitidos por el o los Estados de los que sea nacional y el Estado en el que haya tenido lugar el nacimiento, por ejemplo.

Siendo esto así, el principio de reconocimiento mutuo se enfrentaría a dificultades específicas, pues no sería evidente cuál de esos certificados de nacimiento debería prevalecer. No parece adecuado que dar prioridad al emitido en primer lugar, pues corresponderá la mayoría de las veces al lugar de nacimiento, que puede ser aleatorio. Una regla de *prior temporis* se prestaría a comportamientos estratégicos, que no son infrecuentes para la adquisición de la nacionalidad en Estados que la atribuyen por el *ius soli*.⁴⁵ Con anterioridad a la invasión rusa de Ucrania ya se documentaron casos de nacimientos en Polonia de niños gestados por mujeres ucranianas para facilitar que los comitentes pudieran sortear la normativa de extranjería. Deberían evitarse semejantes movimientos de cara al establecimiento de la filiación.

La unificación de las normas de conflicto podría evitar la concurrencia de certificados de nacimiento con distinto contenido solo si efectivamente se aplicara el Derecho por ellas designado y se consiguiera limitar la aplicación de la cláusula de orden público. Como se ha puesto de manifiesto en la primera parte de este trabajo las diferencias en el Derecho material son muy acusadas. La referencia al principio de no discriminación del art. 21 de la Carta Europea de Derechos fundamentales contenida en el art. 22 de la propuesta podría restringir la aplicación de la cláusula de orden público en algunos casos, pero es irrelevante en otros.

5.2.3. La protección de los derechos fundamentales

La Propuesta de la Comisión tiene, en mi opinión, una visión muy reduccionista de los derechos fundamentales en juego. La iniciativa legislativa se justifica con el argumento de que la denegación del reconocimiento de una relación familiar existente en un Estado miembro puede lesionar los derechos del niño. Se ignora, sin embargo, que un reconocimiento acrítico también puede contribuir a la vulneración de los derechos del niño y que estos no son los únicos derechos a tener en cuenta.

⁴⁵ La prensa ha reportado en los últimos días desplazamientos de ciudadanas rusas embarazadas a la Argentina con el objetivo de dar a luz allí y adquirir la nacionalidad argentina, por ejemplo.

La Propuesta de Reglamento contiene un precepto, el art. 15, calcado del Reglamento 2019/1111 en el que se recoge el derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales de filiación. Ese derecho tiene, en mi opinión, escaso sentido en muchos de estos procedimientos. Si el objeto del litigio es determinar la verdad biológica, la opinión del niño o la de ninguna otra persona carece de relevancia. En cambio, una cuestión fundamental, a la que sí que se ha prestado atención en los trabajos de La Haya es el derecho del niño a conocer sus orígenes.

En 2019 la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 2156 (2019) sobre la donación anónima de esperma y óvulos que recomienda que, en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de donantes, padres e hijos, se preste especial atención a los derechos de la persona concebida con la ayuda de un donante, pues es quien está en una posición más vulnerable. Se recomienda que esta persona pueda acceder a información sobre las circunstancias de su concepción cuando cumpla los dieciséis o dieciocho años. Los Estados miembros del Consejo de Europa que permiten la donación de óvulos y esperma deberían crear un Registro de los donantes a fin de facilitar dicha información y también para establecer un límite máximo de donaciones. Se propugna además la necesidad de establecer cauces de cooperación internacional entre los Registros. No puede, me parece, abordarse en el momento actual la regulación de la filiación prescindiendo de esta dimensión de la cuestión.

El Derecho de la Unión no puede favorecer el reconocimiento de las relaciones de filiación creadas en el extranjero de manera indiscriminada y obviando las circunstancias en las que dichas relaciones se constituyeron. La dificultad radica en que los Estados tienen posiciones distintas. No se trata de una cuestión menor. En una reciente toma de posición muy crítica del Senado francés respecto a la propuesta del Reglamento, publicada el 22 de marzo de 2023, además de cuestionarse que ésta respete el principio de subsidiariedad, se pone de manifiesto el rechazo frontal al reconocimiento automático de un vínculo de filiación establecido en otro Estado miembro si éste deriva de una gestación por sustitución⁴⁶. Esta posición tan extrema resulta rechazable pues impide toda negociación. Tiene, sin embargo, la virtud de poner sobre la mesa la simpleza del eslogan que está en el origen de la iniciativa de la Unión.

⁴⁶ <https://www.senat.fr/leg/tas22-084.html>.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Que la Conferencia de La Haya y la Unión Europea hayan coincidido en abordar el mismo tema revela el interés y actualidad del mismo. Las cuestiones de Derecho internacional privado relativas a la filiación por naturaleza son el momento actual un problema acuciante y una intervención legislativa resulta aconsejable, pues no cabe esperar del TEDH o del TJUE más que respuestas parciales ceñidas al caso concreto. Desde un punto de vista político no es además probablemente aconsejable dejar a estos órganos jurisdiccionales la delicada tarea de resolver conflictos valorativos muy delicados y polémicos como son todas las cuestiones bioéticas que se plantean en torno a la reproducción humana.

Los puntos de partida de la Conferencia y de la UE son, como se ha visto, muy distintos, pero en ambos trabajos el reto es encontrar el equilibrio entre la continuidad en el espacio de la relación ya existente y la legitimidad en su constitución. Curiosamente el énfasis de los trabajos de la Conferencia ha estado en el establecimiento de garantías en torno al momento inicial de establecimiento de la relación jurídica, mientras que la propuesta de la Comisión se decanta en exceso por el favorecimiento de la continuidad en el espacio de la relación ya existente.

En ambos casos ha sido probablemente excesiva la atención a una cuestión muy concreta, la gestación por sustitución en la Conferencia y la homoparentalidad en el caso de la Unión. Ha faltado, más en la Unión que en la Conferencia, un planteamiento más general de cuáles son los intereses en juego, que me parece esencial, para que las nuevas reglas puedan abordar no únicamente los casos difíciles que tenemos encima de la mesa en la actualidad sino también el futuro que se avizora. Un futuro en que surgirán nuevas tecnologías y seguirá existiendo una industria global que buscará atraer a la demanda de otros países. El interés de los niños y me atrevería a decir de la humanidad necesita de una regulación equilibrada.