

El necesario reconocimiento de la filiación legal transfronteriza para el respeto de la vida familiar

LORENA SALES PALLARÉS¹

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: 1. UN CONCEPTO EN PERPETUA CONSTRUCCIÓN. 2. LAS LIMITACIONES DEL MARGEN DE APRECIACIÓN Y EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO. 3. LA FILIACIÓN Y SU RECONOCIMIENTO A EXAMEN. 4. PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE FILIACIÓN.

1. UN CONCEPTO EN PERPETUA CONSTRUCCIÓN

Enmarcando el debate de fondo del presente trabajo sobre el (para nosotros) necesario reconocimiento de la filiación legal transfronteriza, es incuestionable que ahora mismo no es posible hablar ya de un solo modelo de familia; ni en la realidad social europea ni en la realidad de la comunidad internacional en la que vivimos².

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i “El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica” - PID2020-113061GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033. IP: M.^a Victoria Cuartero Rubio.

² Algunos estudios recientes sobre la propia manera de definir familia o los nuevos modelos de familia que emergen son VELOZA-MORALES, M. C., FORERO, E., RODRÍGUEZ-GONZÁLEZ, J. C., “Significados de familia para familias contemporáneas”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol. 21, núm.1, 2023, pp. 1-19; CRUZ ÁNGELES, J., “La (de)construcción de las relaciones de filiación y paternidad a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, N.º Extra 17, Fascículo 2, 2022, pp. 550-575; CHÉLIZ INGLÉS, M.^a C., “Las uniones no matrimoniales y el derecho a la vida familiar en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista Boliviana de Derecho*, N.º 35, 2023, pp. 14-33; CUARTERO RUBIO, M.^a V., VELASCO RETAMO-

La evolución social en la que estamos inmersos empuja hacia los límites al derecho y a los tribunales demandando una adecuación de las normas a la realidad que queremos vivir, y que no pueden ser más divergentes en el ámbito del derecho de familia. En parte puede explicar esto el hecho de que vivimos inmersos en una *sociedad líquida*³ en la que las referencias o las instituciones que nos han servido para anclarnos (la familia en nuestro caso) se diluyen sin que todavía hayamos acertado a diseñar otras que puedan ser consideradas equivalentes, lo que justifica la discrecionalidad y el margen de apreciación de los tribunales al que nos referiremos más adelante.

No solo hemos de revisar cómo hemos de responder a estos retos sociales, sino que debemos partir de un (re)planteamiento del propio término de familia⁴. ¿Qué alcance tiene hoy la noción de la familia desde un plano jurídico? ¿Cómo ponderar intereses en juego cuando no existe un con-

SA, J.M. (coords.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; ANDRADE SANTANA, M.^a J., “La protección de las familias monoparentales: ¿es la acumulación judicial de permisos una solución en derecho?: A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, de 29 de julio”, *CEFGestión: Revista de actualización empresarial*, N.º 294, 2023, pp. 49-56; SOLÉ RESINA, J., “El derecho a la familia que viene”, en SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Persona, familia y género: Liber Amicorum a M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 265-278; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La UE, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho de familia: ¿estribo, espuela o meros observadores?”, en SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Persona, familia y género: Liber Amicorum a M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 169-182; CRUZ ÁNGELES, J., *Derechos humanos y nuevos modelos de familia. Estudio en el marco de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

³ Término este acuñado por ZYGMUNT BAUMAN en *Modernidad líquida*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2004, y que definió como aquella sociedad donde las condiciones de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas puedan consolidarse en unos hábitos y en una rutina determinada. Sobre este tema me remito a SALES PALLARÉS, L., “Familia y autonomía de la voluntad: reflexiones desde una Europa cada vez más líquida”, en LORENTE MARTÍNEZ, I., HEREDIA SÁNCHEZ, L. (Coords.), ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.), *Europa en un mundo cambiante: estrategia Europa 2020 y sus retos sociales: una perspectiva desde el derecho internacional privado*, Pamplona, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2021, pp. 159-168.

⁴ Un planteamiento centrado en los trabajos de TOFFLER sobre los valores que la “Tercera Ola” de la posmodernidad ofrecen sobre el concepto de familia puede consultarse en DAROS, W., “Familia y educación: una visión hacia el futuro desde la perspectiva de Alvin Toffler”, *Revista Tesis Psicológica*, Vol.10, N.º 1, 2015, pp. 86-101 así como en toda la obra del propio TOFFLER.

senso sobre el contenido común y homogéneo del derecho de familia? La respuesta a cualquiera de estas preguntas ha de partir necesariamente del hecho cierto de que no es posible dejar de evolucionar⁵ ni como individuos ni como sociedad. Pero al mismo tiempo resulta muy complejo que las normas que nos hemos establecido para regularnos evolucionen en los mismos términos o a la misma velocidad y que se adecuen a las necesidades y realidades del mundo actual.

Si pensamos en el derecho de familia, esta división entre lo legislado y lo vivido se nos aparece más divergente con mayor frecuencia, lo que ha implicado indefectiblemente en la creación *fáctica* de nuevas formas de vida familiar no siempre amparadas por la legislación, que constituyen para el derecho en general y para el derecho internacional privado en particular un reto constante.

Estamos abocados a una nueva realidad que fuerza las costuras entre el respeto a la vida familiar y la libertad de los Estados para preservar su

⁵ Cosa distinta será determinar la dirección y el sentido de esta evolución.

identidad nacional⁶ como muestran los asuntos *Pancharevo*⁷ o *Coman*⁸. Los

-
- ⁶ Como muestran los trabajos de MARISCAL GONZÁLEZ, A.L., PÉREZ MARTÍN, L.A., “Capítulo I. El TJUE, la libertad de circulación y la evolución del reconocimiento de la filiación en los Estados miembros”, en CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022; GOÑI URRIZA, N., “El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la UE y el de los Estados miembros”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, N.º 2, 2021, pp. 233-255; ROMBOLI, S., “El derecho a la identidad sexual en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre margen de apreciación nacional y creación de normas comunes”, *Revista catalana de dret públic*, N.º 63, 2021, pp. 232-249; REDONDO SACEDA, L., “El papel del artículo 8 CEDH en la construcción del margen de apreciación nacional y la doctrina de las obligaciones positivas del Estado”, *Anales de derecho*, N.º Extra 1, 2020, pp. 1-27; o en plano más general y planteando incluso el concepto de identidad europea para contrarrestar algunas dificultades que plantea esta identidad nacional, BON, P., “La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica”, *Revista española de derecho constitucional*, Año n.º 34, N.º 100, 2014, pp. 167-188; GARCÍA ROCA, F.J., BUSTOS GISBERT, R. (coords.), *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022; CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P., “La identidad constitucional de la Unión Europea: Una categoría jurídica en construcción”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 70, N.º 2, 2022, pp. 153-190; o STEIBLÉ, B., “Tribunal de justicia de la unión, tribunales nacionales y salvaguardia del estado de derecho en la UE”, *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º 35, 2021.
- ⁷ STJUE de 14 de diciembre 2021, asunto C-490/20, *V.M.A. contra Stolichna Obshtina*, Rayon “Pancharevo”, ECLI:EU:2021:1008. Sobre el asunto remitimos a los recientes trabajos de SÁNCHEZ CANO, M.ª J., “La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 14, N.º 2, 2022, pp. 1223-1233; ILESIC, M., “Negativa del Estado miembro de origen de una de las dos madres a expedir un certificado de nacimiento de una menor por falta de información sobre la identidad de la madre biológica: TJ, Gran Sala, S 14 Dic. 2021. Asunto C-490/20: V. . . y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»”, *La Ley Unión Europea*, número 102, 2022; 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) (1): Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2021, as. C- 490/ Pancharevo”, *La Ley Unión Europea*, número 102, 2022.
- ⁸ STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16, *Coman y otros*, ECLI:EU:C:2018:385. Sobre este asunto nos remitimos a los trabajos de JIMÉNEZ BLANCO, P., “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso (1): Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C- 673/18: Coman”, *La Ley Unión Europea*, número 61, 2018; ÁL-

conceptos de vida privada y vida familiar o la noción de familia⁹ han sido perfilados en pronunciamientos poco discutibles del TEDH. Sin embargo, el tema del margen de apreciación de los Estados en relación con la extensión y concepto de vida familiar¹⁰ sigue dejando ángulos muertos en la protección de determinadas familias o en el ejercicio de la propia vida privada y familiar, particularmente con los problemas que entrañan los matrimonios entre personas del mismo sexo o las filiaciones derivadas de la gestación subrogada¹¹.

VAREZ GONZÁLEZ, S., “¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE?: A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman”, *La Ley Unión Europea*, número 56, 2018; ROMBOLI, S., “El conflicto entre identidad nacional y derecho de la Unión Europea en el caso Coman: El tribunal de justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación”, *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º 33, 2020; REQUENA CASANOVA, M., “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año N.º 23, N.º 62, 2019, pp. 41-79; ILESIC, M., “Concepto de “cónyuge” en un matrimonio entre personas del mismo sexo a los efectos del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros: TJ, Gran Sala, S 5 Jun. 2018. Asunto C-673: Coman y otros”, *La Ley Unión Europea*, número 61, 2018.

⁹ Me remito para un análisis jurisprudencial sobre la extensión y límites de estos conceptos mucho más amplia de la que aquí vamos a utilizar a la *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence*, elaborada por el Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2023, cuya última actualización es de 28 de febrero de 2023.

¹⁰ Sobre las primeras manifestaciones de este principio nos remitimos a PASCUAL VIVES, F.J., “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario español de derecho internacional*, Vol. XXIX, 2013, pp. 220 y ss.

¹¹ Además de los trabajos citados anteriormente remitimos a los recientes trabajos sobre esta temática de: ORTIZ VIDAL, M.^a D., “El derecho de residencia en la Unión Europea de matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Cuadernos europeos de Deusto*, N.º 62, 2020, pp. 127-154; OCHOA RUIZ, N., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda N.º 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 9, 2021; GÖSSL, S.L., MELCHER, M., “Recognition of a status acquired abroad in the EU. – A challenge for national laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 14, N.º 1, 2022, pp. 1012-1043; LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., “El interés superior del niño en la jurisprudencia sobre la maternidad subrogada: una visión desde el derecho internacional privado”, en DUPLA MARÍN, M.^a T. (coord.), *Cuestiones actuales del derecho de familia: una visión inclusiva e interdisciplinar*, Tirant

2. LAS LIMITACIONES DEL MARGEN DE APRECIACIÓN Y EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO

El margen de apreciación nacional desarrollada por la jurisprudencia del TEDH¹² permite, si se dan determinadas condiciones, exceptuar y adoptar medidas restrictivas de derechos, *si están previstas por la ley y constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática*¹³. Entendió el TEDH en la elaboración de esta doctrina, que los Estados, como mejores conocedores del contexto y de la propia realidad nacional, debían tener cierta libertad para actuar sin que esta actuación mereciera un pronunciamiento condenatorio por atentar a derechos fundamentales¹⁴.

Entendiendo este equilibrio jurídico, ¿no podríamos plantearnos poder exigir justo lo contrario, es decir, no podrían ser los tribunales quienes im-

lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 363-382; RUIZ-RICO RUIZ, G.J., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre maternidad subrogada y su aplicación al ordenamiento jurídico español”, en RUIZ-RICO RUIZ, G.J., RODRÍGUEZ RUIZ, B. (Coords.), *Género, derecho y tutela jurisdiccional: Visiones desde España y América Latina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.481-501.

¹² Sobre este concepto y su alcance *vid.* BARBOSA DELGADO, F.R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”, en FERRER MAC GREGOR, E., HERRERA GARCÍA, A. (Coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1089-1118; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El difícil equilibrio entre la globalización de los derechos y su contextualización desde la perspectiva de la doctrina del margen de apreciación nacional”, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, Vol. 60, N.º 2, 2012, pp. 133-154; GARCÍA ROCA, F.J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cívitas, 2010; GARCÍA ROCA, F.J., “La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos por el TEDH”, en GARCÍA ROCA, F.J., BUSTOS GISBERT, R. (Coords.), *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 29-62; REDONDO SACEDA, L., “El papel del artículo 8 CEDH...”, *op.cit.*; DOTHAN, S., TELLO MENDOZA, J.A., “La deferencia judicial permite que emerja el consenso europeo”, *Revista Derecho del Estado*, N.º 52, 2022, pp. 5-36.

¹³ Nos referimos en todo caso y por lo que aquí nos interesa al art.8 CEDH.

¹⁴ Se justificaba además en el hecho de que en una gran mayoría de los supuestos se trata de asuntos con un dilema moral, que afectan a un interés público relevante o a un asunto de política general o que suponen el ejercicio de una opción que se sitúa en el ámbito de las políticas sociales o económicas.

pusieran unos estándares de protección más altos de algunos derechos, de manera que se disminuyera el margen de apreciación y con ello ayudar a obtener un mayor nivel de aceptación social de algunos fenómenos como los que hemos enunciado¹⁵? Si el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, por ejemplo, sigue dependiendo de la voluntad del Estado, en la medida que no se le reconduzca a reconocer de manera gradual esta realidad la justiciabilidad de la protección a la vida privada y familiar quedará sesgada en el seno comunitario ya que atenderá a la voluntad del legislador nacional. Pero, es más, ¿dónde establecemos en casos como estos el umbral del consenso? En la Unión Europea se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en quince de los veintisiete Estados miembros¹⁶, ¿significa por tanto que hay un consenso y que el margen de apreciación debería ser mucho más restringido? La realidad no confirma esta afirmación por lo que igual toca reequilibrar este margen de apreciación con el *consenso emergente*¹⁷. Esta doctrina es utilizada por el TEDH para dibujar los estándares mínimos de derechos humanos que son respetados por al menos *la mayoría* de los países europeos, de modo que al fijar o encontrar este “mínimo común múltiplo” si se me permite la analogía matemática, se exigirá a todos los Estados este mismo mínimo.

Asuntos como el ya mencionado *Pancharevo*, pero también otros como *Orlandi*¹⁸, *Menesson*¹⁹ o *Paradiso y Campanelli*²⁰ nos ofrecen un excelente ejemplo de cómo, cuando los casos presentan cuestiones morales o éticas, el margen de apreciación del que gozan los Estados es más amplio; y al mismo tiempo, por ello mismo, por basarse en consideraciones morales que no siempre están consensuadas en las sociedades en las que surgen,

¹⁵ Si bien referido al tema de la transexualidad, la misma opinión apunta ROMBOLLI, S., “El derecho a la identidad sexual...”, *op.cit.*

¹⁶ Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia. Estonia lo ha aprobado en junio de 2023 y entrará en vigor en 2024. Frente a estos Estados encontramos otros 12 (Bulgaria, Chequia, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía) que afrontan el tema de manera diversa: desde Italia o Grecia que permiten estas relaciones, pero a través de uniones civiles, hasta Letonia donde está prohibido constitucionalmente el matrimonio homosexual.

¹⁷ Vid. DOTHAN, S., TELLO MENDOZA, J.A., “La deferencia judicial permite que...”, *op.cit.*

¹⁸ STEDH *Orlandi y otros c. Italia*, n.º 26431/12; 26742/12; 44057/12 y 60088/12, de 14 de marzo de 2018.

¹⁹ STEDH *Menesson c. Francia*, n.º 65192/11, de 26 de junio de 2014.

²⁰ STEDH *Paradiso y Campanelli c. Italia*, n.º 25358/12, de 24 de enero de 2017.

son insuficientes por sí mismas para justificar la excepcionalidad a la no observancia del respeto del art.8 CEDH. En el seno de la Unión Europea, la falta de reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada hacia sus padres comitentes o del matrimonio entre personas del mismo sexo impiden de facto el ejercicio de la vida privada y familiar y las filiaciones derivadas de estas relaciones. Y es justamente esta falta de consenso lo que justifica el amplio margen de apreciación de los Estados²¹. La decisión prejudicial del TJUE al asunto *Pancharevo* buscaba una respuesta que reflejara cómo debía enfrentar Bulgaria esta situación, ya que de acuerdo con su derecho ni está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo ni la doble filiación materna.

Matrimonio y filiación de nuevo como reflejo de la puesta en práctica del derecho a la vida privada y familiar y su colisión con los márgenes de apreciación de los Estados, *el estado actual del derecho*²² y la realidad de los nuevos modelos de familia. Y todo ello teniendo en cuenta que si bien es cierto que es un buen asidero acudir a la legislación vigente del Estado desde el que nos encontremos revisando el asunto, lo es también que en la actualidad el Derecho es *gaseoso*²³, y el derecho de familia es especialmente *líquido*, así que el hablar del estado actual del derecho es poco menos que decir nada. Un simple pronunciamiento judicial podría provocar un punto de inflexión que tornara *sólido* el estado actual del derecho y todos los planteamientos hasta ese momento se tornarían inservibles.

Sin embargo, no parece que los tribunales, ni el TJUE ni el TEDH anden por esta labor y de la reciente jurisprudencia emanada de ambos

²¹ El TEDH mantuvo en *Evans c. Reino Unido*, n.º 6339/05 de 10 de abril de 2007, que, si no existe un consenso europeo sobre la protección de un determinado derecho humano, el margen de apreciación concedido a los países será más amplio que si existiera dicho consenso europeo.

²² Tanto el TJUE como el Tribunal Supremo español han condicionado las respuestas a situaciones como las que aquí describimos hablando de que, en el *estado actual del derecho* de los ordenamientos jurídicos en vigor, no es posible alcanzar otra solución que la denegación de la filiación o el no reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Así 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.º 10069, Sección Tribuna, 16 de mayo de 2022, p.7.

²³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La Justicia europea no reconoce...”, *op.cit.*, p.3.

órganos se desprenden optimismos infundados y posteriores desengaños y expectativas frustradas²⁴.

3. LA FILIACIÓN Y SU RECONOCIMIENTO A EXAMEN

Con todo lo dicho hasta ahora, ¿es posible hablar hoy de respeto a la vida familiar transfronteriza? ÚRSULA VON DER LEYDEN²⁵ ha afirmado que, *si se es padre en un país, se es padre en todos los países*, aunque la propia Unión Europea reconoce que cerca de 2 millones de niños tienen en la actualidad problemas transfronterizos en el reconocimiento de su filiación²⁶. Esto implica que hoy entre nosotros viven menores que son *descendientes*, pero no *hijos*, de unos *progenitores* a quienes no se les tiene por sus *padres* o *madres*.

No es solo una cuestión lingüística: ser progenitora no es lo mismo que ser reconocida como madre. Porque las palabras no son inocentes y sí implican una ideología, una mentalidad... Como bien reflexionan HALIMI y COJEAN [*D]ejar pasar una palabra es tolerarla. Y de la tolerancia a la complicidad sólo hay un paso*²⁷. Y si dentro de la Unión Europea se permiten estas sutilezas estamos construyendo el respeto a la vida familiar y se resquebrajan algunas libertades que debían ser firmes pilares sobre los que edificar garantías y derechos de los ciudadanos europeos. Cuando nos acercamos al tema de la filiación surgen muchas salvaguardas, algunas lingüísticas, otras éticas. No querer que sean *hijos*, o no reconocer a un progenitor como *padre* o *madre* no es solo un modo de hablar, es imponer un único modo de entender la familia.

Aunque hasta ahora hemos hablado de los problemas derivados de nacimientos de hijos a través de la maternidad subrogada o sobre la falta de

²⁴ Desde planteamientos diferentes llegan a la similar conclusión ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La Justicia europea no reconoce...”, *op.cit.*, p.4 y POHL, J., “Sobre la exigibilidad judicial débil de los derechos sociales: escuchar al TEDH, o hacerlo decir”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, n.º 3, 2018, p.711.

²⁵ En su discurso sobre el estado de la Unión Europea en septiembre de 2020, que puede consultarse aquí.

²⁶ Así se afirma en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, COM (2022) 695 final de 7 de diciembre de 2022, p. 2.

²⁷ La cita está extraída del libro HALIMI, G., COJEAN, A., *Une farouche liberté*, Ed. Grasset, París, 2020.

reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo, lo cierto es que es la falta de reconocimiento de la filiación legal transfronteriza lo que subyace en mayoría de los asuntos jurisprudenciales aludidos. La filiación es un reto ineludible a día de hoy al que el derecho debe enfrentarse por variados motivos.

Si bien la regulación de la filiación no provoca dudas a nivel interno en la mayoría de los Estados miembros, los últimos años han puesto en primer línea pequeñas fisuras que sacan a la luz incertidumbres como resultado de una combinación de cambios en los modelos familiares y avances en la ciencia médica. Las diferentes velocidades de la sociedad y de los textos legislativos en los Estados miembros han provocado desajustes y dificultades al no desarrollarse todos los enfoques ni en la misma línea ni en la misma línea de tiempo. La uniformidad en un tema tan crucial como este no es algo de lo que podamos presumir.

Los enfoques de los Estados miembros sobre cuestiones como el establecimiento de la paternidad, las tecnologías y efectos de la reproducción asistida o los efectos de los contratos de maternidad subrogada sobre la filiación del menor así nacido han variado enormemente, dependiendo del entorno cultural, político y social del Estado al que nos estemos refiriendo. En 2021 el TEDH tuvo la oportunidad de conocer el caso *Valdís c. Islandia*²⁸ y consideró que la negativa a reconocer esta filiación suponía una interferencia al derecho a la vida familiar para las madres y el hijo *pero* que la misma era conforme a ley, en tanto que perseguía un fin legítimo (el no reconocimiento por parte de Islandia del contrato de gestación subrogada realizado en Estados Unidos). Es decir, la falta de reconocimiento de una relación familiar formal por parte de los tribunales islandeses había logrado un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida familiar, por un lado, y los intereses generales que el Estado había tratado de proteger al prohibir el uso de la maternidad subrogada por otro. Por tanto, el Estado islandés había actuado dentro de los límites de su margen de apreciación en este ámbito no produciéndose una violación del art. 8 respecto al derecho de las demandantes al respeto de su vida privada y familiar, ya que en ningún momento vieron interrumpida su vida familiar de facto al disfrutar del menor en régimen de acogida. He de reconocer que tengo grandes dudas sobre si el permitir que ambas mujeres siguieran conviviendo con el menor a través de un acogimiento, situación que no garantizaba ni respaldaba la filiación fijada y reconocida en Estados Unidos,

²⁸ STEDH, *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*, n.º 71552/17, de 18 de mayo de 2021.

pueda entenderse como una realización (plena) de sus derechos a una vida familiar y privada. *Las palabras no son inocentes*, y no es lo mismo tener a un menor en acogimiento que ser la madre de ese menor por filiación legal determinada. Pivota toda la decisión sobre si se produjo violación o no del respeto a la vida familiar, pero no se valoró el caso desde la perspectiva de si se había vulnerado la vida privada *del menor* por falta de reconocimiento de la filiación por producirse esta por gestación subrogada, lo que hubiera arrojado un resultado distinto²⁹.

Poco a poco cristaliza la idea de que es imprescindible dejar de evitar el problema: hay que hallar el modo de que el reconocimiento, sobre todo de la filiación legal de los menores involucrados, se facilite en todos los Estados y a todos los efectos.

4. PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE FILIACIÓN

Aunque despacio, los hilos quieren empezar a tejerse esbozando un dibujo más cercano a la protección integral de la vida familiar, entendida y ajustada a los tiempos en los que estamos. Muestra de ellos son los pasos de la Conferencia de La Haya³⁰ y de la propia Unión Europea. El Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya³¹ ha centrado su propuesta en un instrumento general de derecho internacional privado sobre filiación jurídica, y un protocolo separado sobre la filiación legal establecida como resultado

²⁹ En el mismo sentido FARNÓS AMORÓS, E., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”, *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 56, 2022, pp. 29-54; SALES PALLARÉS, L., “La pérdida del interés (superior del menor) ...”, *op.cit.*

³⁰ Vid. <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> y los trabajos sobre el instrumento que desde 2011 se vienen proponiendo.

³¹ En 2015, el Consejo de Asuntos Generales y Política (CGAP) de la Conferencia de La Haya decidió que se debía convocar un Grupo de Expertos para explorar la viabilidad de avanzar en el trabajo en esta área. Hasta ahora, las reuniones del Grupo de Expertos han tenido lugar en febrero de 2016, enero/febrero de 2017, febrero de 2018, septiembre de 2018, enero/febrero de 2019, octubre/noviembre de 2019, octubre de 2020 y febrero de 2021. En marzo de este mismo año el CGAP prorrogó el mandato del Grupo de Expertos por un año, para permitir la presentación de su informe final al CGAP en su reunión de 2023.

de acuerdos internacionales de subrogación³². La segunda ha publicado ya una propuesta de Reglamento sobre el reconocimiento de la paternidad entre los Estados miembros³³.

Si bien la primera reacción al conocer ambas propuestas fue enormemente esperanzadora por lo que significaban de avances en la obtención de una respuesta jurídica para todos los afectados por la falta de reconocimientos de filiaciones transfronterizas, el transcurso de las semanas ha provocado cierto desencanto³⁴.

A la espera de que conozcamos la propuesta de la Conferencia de La Haya, de la lectura del Informe Final podemos extraer algunas reflexiones. La primera de ellas es la constatación de que es imprescindible dotar de previsibilidad, certeza y continuidad a las filiaciones transfronterizas, ya que no hacerlo genera un *limping legal parentage*³⁵ que vulnera el derecho a la identidad para el menor fundamentalmente. Sin embargo, son conscientes de que estas filiaciones derivan de dos realidades a las que hay que hacer frente de manera separada, de tal manera que contemplan la elabo-

³² En octubre de 2023 aún no hay publicado Proyecto alguno, aunque el calendario de la Conferencia prevé una reunión del Grupo de Trabajo para los días 13 a 17 de noviembre de 2023. Sin embargo de momento puede consultarse el Final Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project: Parentage / Surrogacy Experts' Group: Final Report "The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage" <<https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>>.

³³ Doc. COM (2022) 695 final, 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, de 7 de diciembre de 2022 <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:01d08890-76e7-11ed-9887-01aa75ed71a1.0019.02/DOC_1&format=PDF>. Sobre esta propuesta vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "La propuesta de reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica", *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm.3, 2023, pp.171-200.

³⁴ Casi inmediatamente después de publicarse la propuesta de Reglamento Polonia avisaba del veto que plantearía a la propuesta en la medida que supusiera reconocer la filiación legal de hijos de parejas LGTBI obtenida en otro Estado miembro. Vid. Europapress/Internacional, *Polonia avisa que vetará la propuesta de la UE para reconocer la filiación de hijos de parejas LGTBI*, 9 de diciembre 2022 <<https://www.europapress.es/internacional/noticia-polonia-avisa-vetara-propuesta-ue-reconocer-filiacion-hijos-parejas-lgtbi-20221209185601.html>>.

³⁵ Esto es, la generación de una filiación establecida en un Estado pero no reconocida en otro país con el que la situación presenta conexión, de tal suerte que se genera una situación claudicante sobre la filiación.

ración de una Convención en materia de filiación y por otro lado abordar el tema de la gestación subrogada con Protocolo específico. Es este tema el que al menos inicialmente plantea más discusiones ya que si bien hay acuerdo sobre la exigencia de garantías a exigir para su reconocimiento, no la hay en cuanto al mecanismo técnico de Derecho internacional privado para implementarlas. Conviene ser prudente y esperar a ver la propuesta que presentan finalmente para poder valorar con verdaderos elementos concretos el resultado del Protocolo.

Por lo que respecta a la propuesta de Reglamento, tiene como aspecto clave que la filiación establecida en un Estado miembro de la UE deba ser reconocida en todos los demás Estados miembros sin ningún procedimiento especial. La dificultad (y el escepticismo) viene por ver cómo se articula en la práctica este reconocimiento. Y ello porque actualmente la jurisprudencia del TJUE en materia de libre circulación, ya establece que la filiación establecida en un Estado miembro debe reconocerse en todos los demás Estados miembros *a determinados efectos*: acceso al territorio, derecho de residencia, no discriminación con los nacionales... Sin embargo, no ocurre lo mismo con los derechos derivados del Derecho nacional, y esto es lo que se quiere corregir garantizando que la paternidad establecida en un Estado miembro sea reconocida en todos los demás Estados miembros *a todos los efectos*.

La propuesta de Reglamento determinará tanto la competencia judicial internacional³⁶, la ley aplicable³⁷, como el reconocimiento y la ejecución³⁸, a los que acompañará un Certificado Europeo de Filiación³⁹ facultativo que aspira a convertirse en un formulario normalizado uniforme con un contenido y efectos comunes en toda la Unión Europea.

La idea no solo es buena, es que es imprescindible para proteger a los 2 millones de menores que tienen “comprometida” su filiación actualmente y por ello debe avanzarse una valoración positiva. Pero va a ser muy difícil de articular un Reglamento (que ya nace con vetos antes de incluso leerse la propuesta) teniendo en cuenta los diferentes conceptos de familia que existen entre los Estados miembros, así como el margen del que siguen disponiendo los Estados en su normativa interna y el estado actual del derecho.

³⁶ Arts. 6 a 15 propuesta Reglamento.

³⁷ Arts. 16 a 23 propuesta Reglamento.

³⁸ Arts. 24 a 43 propuesta Reglamento.

³⁹ Arts. 46 a 57 propuesta Reglamento.

A pesar de ser consciente del optimismo infundado que nos produjo el paso adelante de la Propuesta de Reglamento del Consejo así como el Informe de la Conferencia de La Haya y que posiblemente ello nos conduzca a desengaños y expectativas frustradas, vale la pena seguir trabajando en un texto, comunitario o convencional, que proteja el derecho a la vida privada y familiar de los más de 2 millones de menores reconociendo, necesariamente, su filiación legal transfronteriza, ya *que en el Derecho internacional, el Derecho de la Unión y las legislaciones de los Estados miembros, todos los hijos tienen los mismos derechos sin discriminación*, por lo que la propuesta abarca el reconocimiento *de la filiación del hijo o de la hija con independencia de cómo se concibió o nació y del tipo de familia*⁴⁰.

⁴⁰ Considerando 21 Propuesta Reglamento.