

UNA APROXIMACIÓN A LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Francisco Javier Jiménez Muñoz
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Fecha de recepción: 16 de marzo de 2018

Fecha de admisión: 29 de mayo de 2018

RESUMEN: Dentro del marco general de las técnicas de reproducción asistida, destaca la gestación subrogada, que recibe distinta consideración y tratamiento en los distintos países, desde la radical prohibición hasta su aceptación incluso en la modalidad comercial. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la gestación subrogada, aunque podemos decir que no se ha referido propiamente a los contratos de maternidad subrogada, sino que realmente esta jurisprudencia se relaciona más con los efectos de una filiación derivada de una maternidad subrogada practicada en un país que la admite por nacionales de otro país que la prohíbe, y que pretenden su reconocimiento en su país de origen, y en este punto son decisivas la existencia de vínculos biológicos entre el niño y los padres intencionales y la duración de la convivencia entre ellos.

ABSTRACT: Within the general framework of assisted human reproduction techniques, it stands out the surrogate pregnancy, which receives a different consideration and treatment in different countries, from the radical prohibition to its acceptance even in its commercial modality. The European Court of Human Rights has had an opportunity to rule on surrogate pregnancy, although we can say that it has not referred properly to surrogate motherhood contracts, but actually this case law is more related to the effects of a filiation derived from a surrogate motherhood practiced in a country that admits it by nationals of another country that prohibits it, and that seek recognition in their country of origin, and at this point the existence of biological links between the child and the intentional parents and the duration of the coexistence between them are decisive.

PALABRAS CLAVE: Técnicas de reproducción asistida — Gestación subrogada — Tribunal Europeo de Derechos Humanos

KEYWORDS: Assisted human reproduction techniques — Surrogate pregnancy — European Court of Human Rights

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA GESTACIÓN SUBROGADA. 2. LA GESTACIÓN SUBROGADA. CONCEPTO Y TIPOS. 3. TRATAMIENTO NORMATIVO EN EL DERECHO COMPARADO. 4. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA. 4.1. *El asunto Mennesson*. 4.2. *El asunto Labassee*. 4.3. *Los asuntos Foulon y Bouvet*. 4.4. *El asunto Paradiso y Campanelli*. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA GESTACIÓN SUBROGADA

Ante la aparición en la década de 1970¹ de las técnicas modernas de reproducción asistida, que conllevaban nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad, muy pronto surgieron una serie de problemas éticos y jurídicos que recibieron respuestas diferentes en función de la solución legislativa (regulación más o menos tolerante y flexible en esta materia, o falta de regulación de la misma).

Conforme a la enumeración de estas técnicas por el Anexo, en relación con el artículo 2.1, de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (y antes por el artículo 1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988), pueden distinguirse²:

a) La Inseminación Artificial (IA), consistente en la introducción de semen en la vagina o útero por cualquier medio distinto de una relación sexual, y que a su vez puede ser con semen del varón de la pareja (IAC, o IA homóloga) o con semen de un donante (IAD, o IA heteróloga);

b) La Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones (FIVTE), cuando la fecundación del óvulo se realiza en laboratorio, también puede ser homóloga o heteróloga, y, en los términos del Anexo, integra como una de sus partes la introducción de un único espermatozoide en el interior del citoplasma del óvulo (la inyección intracitoplásmica de espermatozoides o ICSI); por ello, en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida se la denomina “fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones”; y

c) La Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG o GIFT), que supone en la colocación en las trompas de Falopio de óvulos y espermatozoides para la fecundación de aquéllos en las propias trompas. Sin embargo, esta última técnica actualmente es poco utilizada, por cuanto no incrementa las posibilidades de embarazo y en cambio conlleva una cirugía laparoscópica abdominal, con las consiguientes molestias postoperatorias.

La aplicación de estas técnicas normalmente se realizará sobre la propia madre intencional, ya sea por medio de óvulos propios o de una donante y con gametos de su pareja o de un donante, que de este modo será madre del nacido a todos los efectos. Sin embargo, en ocasiones podremos encontrarnos con que el objetivo en la aplicación de las técnicas no sea convertir a la gestante en madre del nacido, sino en que la filiación del mismo se atribuya a terceras personas, encontrándonos así ante la usualmente denominada *gestación subrogada*.

Si bien las implicaciones jurídicas, médicas, éticas y morales de las técnicas de reproducción asistida las hacen un ámbito especialmente proclive a la cuestión, discusión y aun la toma de posturas frecuentemente extremas, uno de sus más polémicos aspectos lo constituye

1 Los precedentes de estas técnicas, no obstante, puede remontarse ya a J. Hunter (1728-1793) en la especie humana, y aún antes en otras especies animales y vegetales (cfr. la exposición de estos precedentes en R. A. LEONSEGUI GUILLOT, “Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida”, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, segunda época, núm. 8-9, 1995, pp. 238-239). Asimismo, puede citarse como supuesto precedente de la técnica de inseminación artificial el caso de Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla El Impotente, cuyo embarazo habría sido conseguido por los médicos judíos del rey por medio de una cánula de oro introducida en la vagina de la reina por la que habría circulado el semen del rey y que habría dado como fruto a Juana La Beltraneja. En cualquier caso, el desarrollo pleno de las técnicas se produjo a raíz del nacimiento en 1978 de Louise Brown, al que hacemos referencia más adelante.

2 En relación con la primera de las técnicas indicadas, el primer banco de semen se constituyó en España en 1978; mientras que la FIVTE produjo por primera vez en el mundo el nacimiento en el Reino Unido de Louise Brown, también en 1978, teniendo lugar el primer nacimiento en España por esta técnica (el de Victoria Ana Sánchez Perea) en Barcelona en julio de 1984.

Para una exposición en detalle de la práctica de estas técnicas, cfr. M. V. HURTADO DE MENDOZA, BALMASEDA, Comentario científico al art. 4, en F. LLEDÓ YAGÜE y C. OCHOA MARIETA (dirs.) y Ó. MONJE (coord.), Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 70-73.

precisamente la llamada maternidad subrogada, gestación subrogada o gestación por sustitución³, que es rechazada por un número importante de países, dentro y fuera de la Unión Europea, mientras que es admitida en algunos otros.

De todos modos, aunque no lo parezca, la gestación por sustitución no es algo nuevo. Así, ya el Código de Hammurabi babilonio, que contemplaba la infertilidad de la esposa como causa que habilitaba a tomar otra, recogía la posibilidad de evitarlo mediante el recurso a la “entrega de una esclava” a su marido a fin de que tuviera hijos⁴, lo que también se contempla en la Biblia, en los casos de Sarai, que entrega a su esclava Agar a su esposo Abram⁵, y Raquel y Lía, que entregaron respectivamente sus esclavas Bala y Zelfa a su esposo Jacob⁶. No obstante, no será hasta después de la producción sintética de estrógenos en los años 30 del siglo XX y el inicio de las técnicas modernas de reproducción asistida, en especial de la Fecundación In Vitro en 1978, cuando llegamos a la configuración moderna de la maternidad subrogada⁷.

Justamente en los años 80 será cuando surjan también las primeras situaciones conflictivas, y así podemos recordar del famoso caso de *Baby M.*⁸. El matrimonio Stern, ante la imposibilidad de tener un hijo por medios naturales, concertaron con el matrimonio Whitehead un contrato por el que Elizabeth Whitehead recibiría diez mil dólares más gastos médicos, siendo inseminada artificialmente con semen del señor Stern para entregar a aquellos el niño que naciera, que constaría con dicho apellido en el certificado de nacimiento, y debería renunciar a todo derecho de filiación sobre él a fin de facilitar su adopción por la Sra. Stern. En ese sentido, el 27 de marzo de 1986 nació una niña, a quien llamó Sara Elizabeth Whitehead, y los Stern permitieron a la Sra. Whitehead permanecer con ella tres días, tras los cuales la entregó a los Stern (que la llamaron Melissa Elizabeth Stern), pero 24 horas después reclamó su devolución amenazando con suicidarse y luego decidió que no la entregaría a los Stern ni renunciaría a la relación materno-filial, impidiendo así que la señora Stern pudiese adoptarla y huyendo con ella. Los Stern llevaron el caso a los tribunales, finalizando ante el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que concluyó que el contrato era inválido por contrariedad al orden público, “por estar en conflicto con las leyes que prohíben el pago de una suma de dinero en relación con las adopciones; las leyes que exigen la prueba de la incapacidad de los padres o el abandono para que se declare la extinción de los derechos parentales o se conceda la adopción; y las leyes que establecen la revocabilidad de la entrega de la custodia y del consentimiento para la adopción en las adopciones convenidas privadamente”, pero, en base al interés superior de la niña, el Tribunal reenvió el caso al tribunal de familia, que entendió que “la protección del interés de Melisa demanda que se conceda a los Stern la custodia de la niña”,

3 Vid. así la posición favorable de C. LASARTE, Derecho de familia (T. VI de los Principios de Derecho Civil), Editorial Marcial Pons, 16.ª ed., Madrid, 2017, p. 321 (donde entiende necesario que se regule); y M. TORRALDA ERUZ, “El contrato de gestación por sustitución”, en F. LLEDÓ YAGÜE y A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (dirs.) y Ó. MONJE BALMASEDA (coord.), Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia, T. I, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pp. 616-617; mientras que en la postura contraria, mayoritaria en la doctrina, podemos citar entre otros muchos por ejemplo a F. LLEDÓ YAGÜE, “La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida”, Anuario de Derecho Civil, T. XLI-IV, octubre-diciembre 1988, pp. 1254-1255; R. A. LEONSEGUI GUILLOT, “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, segunda época, núm. 7, invierno 1994, pp. 324-325, o a P. LÓPEZ PELÁEZ, “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución («madres de alquiler») en el Derecho español”, en J. ALVENTOSA DEL RÍO y R. MOLINER NAVARRO (coords.), Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez, Vol. I, Universitat de València, Valencia, 2008, p. 668; y “Filiación y reproducción asistida”, en I. RAVETLLAT BALLESTÉ (coord.), Derecho de la persona, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 106-108.

4 Leyes 144-147.

5 Génesis 16.

6 Génesis 30, 1-13.

7 Aunque ya en 1975 se publicó en un periódico de California un anuncio de una pareja estéril que solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente por una remuneración, y el primer acuerdo de gestación por sustitución se produjo en 1980, por Noel Keane, que siguió desarrollando sus actividades a través de su centro de infertilidad (Surrogate Family Service Inc.), y es en 1985 cuando se produce la primera gestación subrogada con éxito. Los primeros casos de gestación subrogada eran practicados mediante inseminación artificial, de modo que los óvulos eran de la propia gestante, siendo por tanto casos de subrogación tradicional o parcial, dentro de la tipología a la que nos referiremos seguidamente en el texto.

8 Sentencia del Tribunal Supremo de Nueva Jersey de 3 de febrero de 1988, In the matter of Baby M., 109 N.J. 396 (1988), 537 A.2d 1227.

concediendo a la gestante un derecho de visitas, a decidir por el tribunal de instancia o, “aunque no sea probable, es posible que decididas ya las principales cuestiones de este litigio, las partes, por el amor que sin duda profesan a la niña, intenten de buena fe resolver ellas mismas la cuestión del derecho de visita pensando en el mejor interés de su hija”.

2. LA GESTACIÓN SUBROGADA. CONCEPTO Y TIPOS

Pero debemos primero saber de qué estamos hablando exactamente. La gestación por sustitución, maternidad subrogada o sustituta, donación temporal de útero o incluso “maternidad de alquiler” es la práctica por la que una mujer (madre gestante, subrogada o sustituta) se compromete, con o sin precio, a gestar con el fin de entregar el niño después del parto a la/s persona/s comitentes (padres de elección), sean sus progenitores biológicos o no, renunciando ella a su filiación.

Los elementos concurrentes definen la existencia de diversos tipos de maternidad subrogada, y así según quién aporte el material genético podremos hablar de:

1. Subrogación tradicional o parcial: la gestante es inseminada natural (en la actualidad, raro) o artificialmente con el semen de uno de los comitentes o un donante, y aporta su material genético (por tanto, es también madre biológica del niño).
2. Subrogación gestacional o plena: la gestante se limita a gestar un embrión concebido mediante FIV (gametos de los comitentes, o gametos o embrión de donante/s). No aporta material genético, y el niño no tiene parentesco biológico alguno con ella.

También podemos distinguir, según la existencia o no de retribución a la gestante, entre:

1. Subrogación altruista: la gestante actúa por diversos motivos (frecuentemente, solidaridad) y no recibe retribución alguna o sólo el resarcimiento de los gastos médicos y otros costes razonables.
2. Subrogación comercial: media una contraprestación económica a favor de la gestante.

3. TRATAMIENTO NORMATIVO EN EL DERECHO COMPARADO

Como decíamos, existe una gran disparidad en el tratamiento normativo por los distintos Estados⁹, que pueden clasificarse en cuatro grupos.

En un primer grupo de países se establece la ilegalidad de la maternidad subrogada en todo caso. En este grupo destacan Francia, Italia, Alemania, Suiza y Quebec, algunos de ellos estableciendo incluso sanciones penales.

No obstante, no faltan decisiones judiciales que se apartan de esta norma y admiten los efectos de la filiación derivada de esta técnica, y así en Francia el Tribunal de Apelación de Rennes (en Sentencia de 21 de febrero de 2012) permitió la inscripción en el Registro Civil de dos gemelos nacidos de comitentes franceses y gestante india: no se cuestiona la validez del acuerdo, sino la de las actas del Registro Civil según el Derecho indio; en Italia, antes de la penalización por Ley de 19 de febrero de 2004, la Sentencia de 14 de febrero de 2000 del Tribunal civil de Roma había establecido la validez del contrato de “sustitución de maternidad” en determinados casos, ante el vacío normativo y sobre la base de la motivación altruista y el tiempo de congelación de los embriones; o en Suiza una sentencia

9 Cfr. R. A. LEONSEGUI GUILLOT, “La maternidad portadora...”, *op. cit.*, pp. 326-330.

del Tribunal administrativo del Cantón de Saint Gallen de 19 de agosto de 2014 concedió la paternidad a dos hombres que recurrieron a la gestación por sustitución en California.

En España, el contrato sería nulo y sin efectos, pero se ha producido un progresivo reconocimiento de efectos en las gestaciones por sustitución internacionales por efecto de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010.

El segundo grupo viene constituido por los países que consideran legal la maternidad subrogada sólo en cuanto que no exista retribución, mientras que rechazan la gestación por sustitución comercial, frecuentemente sin una normativa específica. Destacan, entre otros, Canadá (excepto Quebec), Brasil, Australia (salvo el Territorio del Norte, que no ha legislado en absoluto sobre esta materia), Grecia (sólo se admite la compensación de gastos) y Colombia. Reino Unido sólo admite “pagos razonables” a entidades intermediarias sin ánimo de lucro por los costes razonablemente derivados del acto, y para la transmisión de la filiación mediante *parental order* judicial se requiere que no haya habido intervención de dinero más allá de los gastos razonables.

En el tercer grupo se contempla la legalidad de la gestación subrogada en todo caso, medie o no contraprestación económica. Destacan entre otros, Ucrania, Georgia, Rusia, India, Israel y algunos estados de EE. UU. (se prohíbe en Arizona, Michigan, Utah, Nueva York, Washington y otros, mientras se admite en Arkansas —restrictivamente—, California, Florida, Minnesota, Nuevo Hampshire o Nueva Jersey).

Finalmente, un cuarto grupo estaría formado por la gran mayoría de los países, que no la regulan.

En concreto en Europa, el TEDH realizó un estudio de la regulación de esta cuestión en 35 países miembros del Consejo de Europa con ocasión del caso *Labassee c. Francia*, destacando la prohibición expresa de la gestación por sustitución en catorce Estados (Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Francia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía), mientras que en otros diez Estados no hay una regulación específica pero se prohíbe en virtud de disposiciones generales, no es tolerada o es de legalidad incierta (Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Marino); en cambio, está autorizada, a reserva del cumplimiento de condiciones estrictas, en otros siete (respecto de la denominada gestación por sustitución altruista, en Albania, Grecia, Países Bajos y Reino Unido; y admitiendo también la comercial en Georgia, Rusia y Ucrania). Finalmente, otros cuatro Estados no la han regulado pero parecen tolerarla (Bélgica, República Checa, Luxemburgo y Polonia).

En trece de los Estados es posible para los padres intencionales obtener el reconocimiento de los vínculos filiativos con un niño procedente de una gestación por sustitución regularmente practicada en el extranjero, ya sea por exequatur ya por transcripción directa de la sentencia o acta de nacimiento extranjera a los registros civiles o estableciendo el vínculo por la adopción (Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, los Países Bajos, la República Checa, Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Ucrania), y parece igualmente posible en otros once Estados donde la gestación subrogada está prohibida o no está prevista por la ley (Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia —siempre que al menos el padre de intención sea padre biológico—, Malta, Polonia, San Marino, Suecia, Suiza y Luxemburgo). En cambio, queda excluida en otros once Estados (Andorra, Alemania —salvo quizás cuando el padre de intención sea padre biológico—, Bosnia-Herzegovina, Letonia, Lituania, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Rumanía, Serbia y Turquía).

Estas diferencias en la regulación hacen que exista un creciente turismo reproductivo desde los países que no permiten los contratos de gestación por subrogación, hacia los países que sí los admiten, en algunos de los cuales ha llegado a ser un lucrativo negocio: naturalmente, la idea es volver al país de origen con los niños nacidos a consecuencia de ese contrato, y obtener su reconocimiento legal como hijos de quienes los encargaron. Esta pretensión es muy habitualmente rechazada por los países que no admiten la maternidad subrogada, por entender que la operación entraña un fraude a su propio Derecho. El Tribunal Europeo de

Derechos Humanos (TEDH) ha tenido ocasión de afrontar en varias decisiones esta cuestión, y sobre ello trataremos en este trabajo.

4. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA

El TEDH ha afrontado estas cuestiones inicialmente en las sentencias recaídas en los asuntos *Menesson c. Francia* (demanda 65192/11) y *Labassee c. Francia* (demanda 65941/11), ambas de 26 de junio de 2014, seguidas después por la sentencia conjunta en los asuntos *Foulon* (demanda 9063/14) y *Bouvet* (demanda 10410/14) c. Francia de 21 de julio de 2016. Por otro lado, debemos mencionar la reciente sentencia dictada por la Gran Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (demanda 25358/12) de 24 de enero de 2017, que revoca la sentencia pronunciada por la Sala el 27 de enero de 2015 y parece seguir una distinta orientación, aunque como veremos realmente se debe a la diferencia de situaciones.

4.1. *El asunto Mennesson*

Como se ha dicho, la maternidad subrogada está prohibida por el Derecho francés. Por ello, ante sus problemas de infertilidad, el matrimonio formado por Dominique y Sylvie Mennesson decidió recurrir a esta técnica en California, donde es legal, resultando unos gemelos producto de los espermatozoides del marido y el óvulo de una donante, y el Tribunal Supremo de California decretó que tendrían como padre genético al Sr. Mennesson, y como madre legal a la Sra. Mennesson. Sin embargo, el consulado francés en Los Ángeles rehusó inscribir a los niños en el Registro civil como hijos de los Mennesson, que los llevaron a Francia como ciudadanos norteamericanos. El Tribunal Supremo francés acabó rechazando definitivamente dicha inscripción, lo que se recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el matrimonio Mennesson y por los gemelos nacidos a consecuencia del contrato de maternidad subrogada.

Deben destacarse de este caso tres notas importantes, que resultarán la base determinante de la decisión final de la Corte Europea:

1) entre el Sr. Mennesson y los gemelos existe un vínculo genético, pues aquél aportó los gametos de donde provienen los niños: por tanto, Dominique Mennesson es el padre biológico de los gemelos;

2) la larga duración de la convivencia entre los niños y el matrimonio Mennesson, más de 10 años si contamos hasta la sentencia del TEDH;

3) en los diversos procedimientos actuaron como demandantes no sólo el matrimonio Mennesson, sino también los niños nacidos a consecuencia de la maternidad subrogada.

En este caso, el TEDH entendió que existía una violación de la vida privada y familiar, y por tanto una infracción del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no respecto del matrimonio Mennesson, pero sí en cuanto a los niños. Para ello, conforme a lo previsto en dicho artículo, la Corte analiza si hay una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto a su vida privada y familiar, y de haberla si está justificada (por ser de acuerdo con la ley, persiga objetivos legítimos y sea necesaria en una sociedad democrática).

En tal sentido, señala que los Estados gozan de un sustancial margen de apreciación al decidir qué es “necesario en una sociedad democrática”, que varía según las circunstancias, la materia y el contexto, y a este respecto uno de los factores relevantes puede ser la existencia o no de una base común entre las leyes de los distintos Estados parte del Consejo de Europa: por una parte, habrá un amplio margen donde no hay consenso respecto de la importancia relativa del interés en cuestión o sobre los mejores medios de protegerlo, especialmente donde el caso trata temas morales o éticos sensibles; por otra, donde una faceta especialmente importante de la existencia o identidad del individuo esté en cuestión

el margen permitido al Estado normalmente se restringirá. En este caso, no hay consenso en Europa sobre la legalidad de los contratos de maternidad subrogada o el reconocimiento legal de la relación entre los padres intencionales y los niños así concebidos en el extranjero, como ya vimos anteriormente.

Esta falta de consenso refleja que el recurso a la maternidad subrogada levanta cuestiones éticas sensibles y por tanto debe dejarse a los Estados un amplio margen de apreciación, en lo referente a la decisión no sólo de autorizar o no esta técnica de reproducción asistida sino también de reconocer o no una relación legal de filiación entre los niños legalmente concebidos como consecuencia de la misma y los padres intencionales. Sin embargo, se afecta un aspecto esencial de la identidad de los individuos cuando nos referimos a la relación legal paterno-filial, por lo que el margen de apreciación en este caso necesita ser reducido y se debe determinar si al alcanzarse una solución se ha hecho un justo balance entre los intereses del Estado y los afectados directamente por esa solución, y teniendo presente el principio esencial de que, en todo caso en que esté en cuestión la situación de un niño, el interés del niño es preferente.

En lo referente al derecho de los demandantes a su vida familiar, la falta de reconocimiento por el Derecho francés de la relación legal paterno-filial entre los señores Mennesson y los niños necesariamente afecta a su vida familiar. No se les ha concedido la nacionalidad francesa, lo que complica viajar como familia y provoca dudas sobre el derecho de los niños a permanecer en Francia una vez que alcancen la mayoría y consecuentemente sobre la estabilidad de la unidad familiar, pero ello no les ha impedido vivir todos juntos. Por ello, a la luz de las consecuencias prácticas para su vida familiar de la falta de reconocimiento por el Derecho francés de la relación legal paterno-filial y teniendo en cuenta el margen de apreciación con que cuenta el Estado, la Corte considera se ha realizado un justo balance entre los intereses de los señores Mennesson y los del Estado en cuanto a su derecho al respeto de su vida familiar.

Respecto del derecho de los niños al respeto de su vida familiar, aunque Francia sabía que los niños habían sido identificados en otro país como hijos de los señores Mennesson, no obstante les había denegado ese estatus conforme al Derecho francés, lo que socava su identidad en la sociedad francesa. El art. 8 no garantiza un derecho a adquirir una nacionalidad en particular, pero la nacionalidad es un elemento de la identidad de la persona, y si bien su padre biológico es francés, los niños encaran una preocupante inseguridad respecto de la posibilidad de obtener un reconocimiento de la nacionalidad francesa, con repercusiones negativas sobre la definición de su identidad personal, y el hecho de que no se identifiquen bajo el Derecho francés como hijos de los señores Mennesson tiene consecuencias sobre sus derechos sucesorios.

Se puede aceptar que Francia pueda desear impedir que sus nacionales vayan al extranjero para aprovecharse de los métodos de reproducción asistida que están prohibidos en su propio territorio, pero los efectos del no reconocimiento en el Derecho francés de la relación legal paterno-filial entre los niños así concebidos y los padres intencionales no se limita sólo a los padres, sino que afecta a los propios niños, cuyo derecho al respeto por su vida privada —que implica que todos deben poder establecer la sustancia de su identidad, incluyendo la relación legal paterno-filial— resulta afectado sustancialmente.

Este análisis toma una especial dimensión cuando, como en este caso, uno de los padres intencionales es también el padre biológico del niño. Teniendo presente la importancia del parentesco biológico como componente de la identidad, no se puede decir que sea en interés del niño privarle de una relación legal de esta naturaleza cuando la realidad biológica de esa relación está demostrada y el niño y padre afectados reclaman su reconocimiento. Con ello, el Estado sobrepasa los límites permisibles de su margen de apreciación, y consecuentemente, teniendo en cuenta la importancia que debe darse a los intereses del niño al ponderar los intereses en conflicto, se concluye que se infringió el derecho de los niños al respeto por su vida privada.

4.2. *El asunto Labassee*

Poco después de la demanda que culminó con la Sentencia del caso *Menesson*, volvió a plantearse un supuesto muy similar con el caso *Labassee*. El matrimonio compuesto por Francis y Monique Labassee decidieron recurrir a la maternidad subrogada en Minnesota, generándose un embrión a partir de los gametos del Sr. Labassee y un ovocito de una donante anónima. Tras el nacimiento de la niña, un tribunal de Minnesota declaró la paternidad biológica del Sr. Labassee y los derechos de guarda legal y física de la menor; y el acta de nacimiento subsiguiente expresó que es hija de los señores Labassee. Sin embargo, al igual que en el caso *Menesson*, el tribunal de Nantes rehusó transcribir el acta de nacimiento por contrariedad al orden público francés. El Tribunal Supremo francés acabó rechazando definitivamente dicha inscripción, lo que se recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el matrimonio Labassee y por la niña nacida a consecuencia del contrato de maternidad subrogada.

La similitud entre ambos casos hizo que la Corte Europea instruyera ambos procedimientos simultáneamente y que la sentencia que dictara finalmente fuera en el mismo sentido. Como vemos, aquí vuelven a darse los mismos elementos de vínculo genético entre la niña y el Sr. Labassee, que es su padre biológico; la larga duración de la convivencia del matrimonio Labassee con la niña (nuevamente, más de 10 años si contamos hasta la sentencia del TEDH), y el hecho de que la niña también fuera demandante en los diversos procedimientos.

La Corte Europea vuelve a hacer los mismos razonamientos que la sentencia del caso *Menesson* en torno a si la perturbación del derecho al respeto a la vida privada y familiar de los Labassee y la niña es necesaria en una sociedad democrática, concluyendo igualmente que no hubo violación del art. 8 de la Convención en lo referente al respeto a la vida familiar de los Labassee, mientras que sí la hubo respecto del respeto a la vida privada de la niña.

4.3. *Los asuntos Foulon y Bouvet*

Más tarde, volvió a plantearse una situación similar respecto de Didier Foulon y Philippe Bouvet, que por medio de la gestación por sustitución obtuvieron en la India una niña y una pareja de gemelos respectivamente y recibieron de las autoridades francesas sendas negativas a la transcripción de las actas de nacimiento, que culminaron en su confirmación por el Tribunal Supremo francés. Ambos interpusieron demandas ante el Tribunal Europeo, que fueron acumuladas y resueltas por una única sentencia de la Corte. Por esa similitud con los asuntos *Menesson* y *Labassee*, la Corte no ve motivos para concluir de otro modo, y por ello falla en el mismo sentido que esas sentencias.

4.4. *El asunto Paradiso y Campanelli*

Cuando parte de la doctrina ya consideraba que la Corte Europea venía a defender la maternidad subrogada (cuando realmente no se pronunciaba en sentido estricto sobre la misma) y el reconocimiento de la relación legal paterno-filial entre los padres de intención y los hijos concebidos por medio de la misma, la Corte adoptó una solución muy diferente en el caso *Paradiso y Campanelli* (o simplemente *Paradiso*).

El matrimonio formado por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, debido a sus problemas de fertilidad y tras recurrir sin éxito a técnicas de reproducción asistida y a la adopción, contactaron con una clínica de maternidad subrogada de Moscú y la Sra. Paradiso viajó a Moscú para entregarles el fluido seminal de su marido. Tras celebrar un contrato de subrogación gestacional con la empresa Rosjurconsulting, se realizó una fertilización in vitro a una madre subrogada, como consecuencia de la cual nació un niño, que fue inscrito en el Registro de Moscú señalando al matrimonio como padres del niño. La Sra. Paradiso obtuvo del consulado italiano en Moscú los documentos que le permitieran volver a Italia con el niño, pero una vez en Italia el consulado informó de que la documentación relativa al nacimiento del niño contenía información falsa. Se abrió un proceso penal contra el matrimonio por simulación de estado civil, uso de documentos falsificados y violación del procedimiento para la adopción internacional, y a la vez se inició un expediente para

habilitar la adopción del niño, considerándole como en estado de abandono a los efectos legales, y se le colocó bajo tutela. A lo largo de este procedimiento, se practicaron pruebas de ADN al Sr. Campanelli y al niño, resultando que no había vínculos entre ellos, y el Registro Civil rechazó la inscripción del certificado de nacimiento ruso. El tribunal de menores acordó retirar el niño del matrimonio y dejado al cuidado de los servicios sociales, y finalmente se le dio un nuevo nombre y fue dado en adopción. Tras ello, el matrimonio Campanelli-Paradiso recurrió a la Corte Europea, que primeramente consideró en Sala que había existido una violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Dado que el certificado de nacimiento no fue reconocido bajo el Derecho italiano, la Sala entendió que no había una relación legal estrictamente hablando entre el matrimonio y el niño, pero que sí había habido una vida familiar de facto en la medida en que habían compartido con él los primeros momentos importantes de su vida y habían actuado como sus padres, e igualmente estaba en cuestión la vida privada del Sr. Campanelli dado que buscó confirmar la existencia de un vínculo biológico a través de la prueba de ADN, por lo que las medidas constituían una interferencia tanto en esa vida familiar de facto como en la vida privada del Sr. Campanelli. No obstante, también entendió que los tribunales italianos, al declarar al niño como “en estado de abandono” en ausencia de un vínculo genético con el matrimonio, no habían tomado una decisión irrazonable, por lo que esa interferencia había sido “de acuerdo con la ley”, más aún teniendo en cuenta que las medidas tomadas en relación con el niño habían buscado la “prevención del desorden” dado que la conducta del matrimonio fue contraria a la legislación italiana sobre adopción y reproducción asistida y pretendieron proteger los derechos y libertades del niño. No obstante, mantuvo que la retirada del niño del entorno familiar es una medida extrema que debía ser adoptada sólo como último recurso, para cumplir el objetivo de proteger a un niño enfrentado con un peligro inmediato, y que los tribunales nacionales habían tomado sus decisiones sin una evaluación específica de las condiciones de vida del niño con el matrimonio Campanelli-Paradiso y de sus mejores intereses y por tanto no habían realizado el necesario justo equilibrio entre el interés general y los intereses privados afectados, produciéndose así una violación del art. 8 de la Convención.

El gobierno italiano recurrió esta decisión ante la Gran Sala, que finalmente falló considerando que no existió dicha violación.

Es de destacar que, a diferencia de los casos franceses anteriormente considerados, aquí no se dan los tres elementos determinantes a que nos antes referimos: no hay un vínculo genético entre el niño y el matrimonio Campanelli-Paradiso, pues como puso de manifiesto la prueba de ADN el Sr. Campanelli no era su padre biológico; la convivencia entre de todos fue de duración reducida (menos de un año en total), y el niño no ha sido demandante en ninguno de los procedimientos.

La Gran Sala destaca la inexistencia de vínculos biológicos entre el niño y el matrimonio, que fuera de todo procedimiento de adopción trajeron del extranjero a Italia un niño sin vínculo biológico con ninguno de los padres y que había sido concebido por medio de técnicas de reproducción asistida ilegales en el Derecho italiano. En los casos *Menesson* y *Labassee* sí existía un vínculo biológico entre el padre y los niños y las autoridades francesas nunca habían previsto separar los niños de los padres, el tema principal era el rechazo al registro del certificado de nacimiento practicado en el extranjero de acuerdo con la legislación del país de origen y el derecho de los niños a obtener un reconocimiento de la relación legal paterno-filial; y los padres y los niños eran todos demandantes frente a la Corte.

En cambio, lo que está en discusión en el presente caso eran las medidas tomadas por las autoridades italianas que derivaron en la separación permanente del niño y los demandantes, en un acuerdo de maternidad subrogada que no era “tradicional”, dado que el material biológico de los demandantes no se había utilizado. Se incumplió el procedimiento de la legislación sobre adopción internacional y la prohibición de usar gametos donados; y el niño no es demandante en los procedimientos ya desde la Sala, que rechazó las alegaciones efectuadas por el matrimonio Campanelli-Paradiso en su nombre.

Al analizar el supuesto, la Sala ya concluyó que existía una vida familiar de facto entre el matrimonio y el niño y se relacionaba con la vida privada del Sr. Campanelli puesto que lo que estaba en discusión para él era el establecimiento de un vínculo biológico con el niño.

En lo referente a la *vida familiar*, el derecho a que sea respetada no protege el mero deseo de fundar una familia, sino que presupone la existencia de una familia o al menos la relación potencial entre, por ejemplo, un niño nacido fuera del matrimonio y su padre natural o la relación que deriva de un matrimonio genuino incluso si la vida familiar no ha sido todavía totalmente establecida, la relación entre un padre y su hijo legitimado incluso si se prueba posteriormente que no ha tenido base biológica, o la relación que deriva de una adopción legal y genuina.

En ocasiones, la Corte europea ha aceptado la existencia de una familia de facto entre adultos y un niño en ausencia de vínculos biológicos o un vínculo legal reconocido, siempre que haya vínculos personales genuinos. Ha existido una vida familiar entre los padres de acogida que han cuidado temporalmente de un niño y dicho niño, teniendo en cuenta los vínculos personales estrechos entre ellos, el papel desempeñado por los adultos respecto del niño y el tiempo pasado juntos. En el caso *Moretti y Benedetti c. Italia*, la Corte atribuyó importancia al hecho de que el niño había llegado a la familia con un mes y los demandantes habían compartido durante 19 meses las primeras etapas importantes de su vida con el niño; el niño estaba bien integrado en la familia y profundamente unido a los demandantes y sus hijos, y los demandantes habían atendido al desarrollo social del niño, elementos que fueron suficientes para la Corte para determinar que hubo entre los demandantes y el niño un estrecho vínculo interpersonal y que los demandantes se comportaron en todo caso como sus padres, de modo que de facto existían vínculos familiares entre ellos (de modo similar, en *Kopf y Liberda c. Austria*).

En este caso, los demandantes habían desarrollado un proyecto parental y asumido su papel como padres respecto del niño, creando estrechos vínculos emocionales con él en las primeras etapas de su vida, y habían vivido juntos seis meses en Italia, precedidos de dos meses de convivencia entre la Sra. Paradiso y el niño en Rusia.

No cabe definir una duración mínima de la vida compartida para constituir una vida familiar de facto, pero en este caso es especialmente breve, y la alegación de que el Sr. Campanelli estaba convencido de que era el padre biológico del niño no puede compensarlo ni es suficiente para establecer una vida familiar de facto. Aunque la terminación de su relación con el niño no es directamente imputable a los demandantes, no obstante es la consecuencia de la inseguridad jurídica que ellos mismos crearon respecto de los vínculos en cuestión: las autoridades italianas reaccionaron rápidamente a esta situación solicitando la suspensión de la autoridad parental y abriendo un procedimiento para someter al niño a adopción, y en tal sentido este caso difiere de los casos *Kopf*, *Moretti y Wagner*, donde la ubicación del niño con los demandantes fue reconocida o tolerada por las autoridades.

Por tanto, teniendo en cuenta la ausencia de todo vínculo biológico entre el niño y los padres intencionales, la corta duración de la relación con el niño y la inseguridad de los vínculos desde una perspectiva legal, a pesar de la existencia de un proyecto parental y la cualidad de los vínculos emocionales, cabe entender que las condiciones que permiten concluir que existió una vida familiar de facto no se han producido, y por tanto no ha habido en este caso una vida familiar.

En cuanto a la *vida privada*, se trata de un concepto amplio que no permite una definición exhaustiva: cubre la integridad física y psicológica de una persona y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos, se relaciona con aspectos de la identidad física y social del individuo y sintoniza el derecho al “desarrollo personal” o a la autodeterminación y el derecho al respeto por la decisión de tener o no tener un niño, incorporando el derecho al respeto por su decisión de convertirse en padres genéticos o el derecho de la pareja a concebir un niño y hacer uso de la reproducción asistida para ello.

En este caso, no hay una razón para entender que el concepto de “vida privada” excluye los vínculos emocionales creados y desarrollados entre un adulto y un niño en situaciones distintas de las clásicas de parentesco. En determinados casos que implican una relación

entre adultos y un niño en que no hay vínculos biológicos o legales, puede no obstante existir una “vida privada”, y aquí una gran parte de las vidas de los demandantes se enfocó hacia la realización de su plan de convertirse en padres y por tanto lo que se discute es el derecho al respeto a esa decisión y a su desarrollo personal por medio del papel de padres que desearon asumir frente al niño. El procedimiento referente a los vínculos biológicos entre el niño y el Sr. Campanelli y el establecimiento de los hechos genéticos tuvieron un impacto en la identidad del mismo y la relación entre el Sr. Campanelli y la Sra. Paradiso. Por tanto, el caso afecta a su vida privada.

En conclusión, no hubo vida familiar entre los demandantes y el niño, pero las medidas impugnadas sí afectaron a la vida privada de los demandantes.

Respecto a si esa interferencia en la vida privada de los demandantes fue “de acuerdo con la ley”, la Corte entiende que sí, pues la aplicación del Derecho italiano por los tribunales nacionales era previsible. Igualmente, considera que el deseo de las autoridades italianas de reafirmar la competencia exclusiva del Estado para reconocer una relación legal paterno-filial —y esto únicamente en el caso de un vínculo biológico o una adopción legal— con vistas a proteger a los niños ha perseguido de este modo objetivos legítimos.

En cuanto a su necesidad en una sociedad democrática, la Corte señala que su misión no es sustituir a las autoridades nacionales competentes al determinar las medidas más apropiadas para regular la compleja y sensible materia de la relación entre los padres intencionales y el niño nacido en el extranjero como consecuencia de acuerdos de maternidad subrogada comercial y con la ayuda de técnicas de reproducción asistida, ambos prohibidos en el correspondiente Estado. Cuando se trate de una faceta especialmente importante de la existencia o identidad de un individuo, el margen permitido al Estado estará normalmente restringido, mientras que donde no hay consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, o sobre la importancia relativa del interés en cuestión o sobre los mejores medios para protegerlo, particularmente cuando el caso afecta a temas morales o éticos sensibles, el margen será más amplio. Mientras que las autoridades disfrutaban de un amplio margen de apreciación en el área de la adopción o en la evaluación de la necesidad de someter a un niño a protección, en particular cuando se produce una situación de emergencia, la Corte debe todavía estar satisfecha cuando ha habido circunstancias que justifiquen la retirada del niño.

En este caso, se tocan temas éticamente sensibles —adopción, el sometimiento de un niño a protección, reproducción asistida y maternidad subrogada— en los cuales los Estados miembros disfrutaban de un amplio margen de apreciación, y se han cumplido los requisitos de relevancia y suficiencia y proporcionalidad de las razones en que se han basado las medidas nacionales.

Las razones alegadas por los tribunales italianos son relevantes: están directamente unidas al objetivo legítimo de evitar el desorden y al de proteger a los niños —no sólo el niño del presente caso sino también los niños en general— teniendo en cuenta la prerrogativa del Estado de establecer la descendencia a través de la adopción y la prohibición de ciertas técnicas de reproducción asistida.

Por otra parte, en lo referente a los intereses del niño, el posible trauma causado por la separación no será irreparable, y además en este caso no es demandante ni es miembro de la familia de los demandantes. Este caso difiere de los casos en que se discute la separación de un niño de sus padres, en que en principio la separación es una medida que sólo puede ser ordenada si la integridad física o moral del niño está en peligro: la Corte no considera que los tribunales nacionales estuvieran obligados a dar prioridad a la preservación de la relación entre los demandantes y el niño, sino que más bien tuvieron que hacer una difícil elección entre permitir a los demandantes continuar su relación con el niño, legalizando la situación ilegal creada por ellos como hechos consumados, o tomar medidas con vistas a dar al niño una familia de acuerdo con la legislación sobre adopción. El razonamiento de los tribunales italianos respecto de los intereses del niño no fue automático ni estereotipado, y al evaluar la situación específica del niño consideraron deseable dejarle con una pareja idónea con vistas a su adopción, y tuvieron en cuenta el impacto que podría tener la

separación de los demandantes, concluyendo que no causaría al niño un daño grave o irreparable.

La Corte no subestima el impacto que la separación inmediata e irreversible del niño debe haber tenido en la vida privada del matrimonio Campanelli-Paradiso, pero la Convención no reconoce un derecho a ser padre. Los intereses públicos en cuestión pesan mucho en el balance, mientras que comparativamente debe atribuirse un peso menor al interés de los demandantes en su desarrollo personal continuando su relación con el niño. Permitir al niño estar con los demandantes, probablemente con vista a convertirse en sus padres adoptivos, sería tanto como legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes reglas del Derecho italiano. Los tribunales italianos, al tomar en consideración que el niño no sufriría un daño grave o irreparable por la separación, realizó un equilibrio justo entre los diferentes intereses en cuestión, permaneciendo dentro del amplio margen de apreciación de que disponían. Por tanto, la Corte concluye que no ha habido violación del art. 8 de la Convención.

Finalmente, señalemos que esta sentencia de la Corte europea va acompañada de cuatro votos particulares, tres concurrentes y uno contrario, que entiende que hubo una interferencia injustificada con el derecho de los demandantes al respeto por su vida familiar, en el enfoque de la sentencia de la Sala.

5. CONCLUSIONES

A la vista de estas resoluciones, podríamos decir que el Tribunal Europeo no se ha pronunciado en ellas propiamente sobre los contratos de maternidad subrogada, sino que, al contrario, indica que no es su función sustituir los criterios de las autoridades nacionales para determinar la política más adecuada para regular una materia como esta, en la que no hay consenso y por tanto los Estados gozan de una amplia capacidad de decisión.

Por ello, en uno de los votos particulares concurrentes del caso Paradiso los jueces lamentan que no se haya producido un pronunciamiento expreso del tribunal en contra de la maternidad subrogada, que sería incompatible con la dignidad humana, pues el niño habría sido víctima de tráfico humano, siendo encargado y adquirido por los demandantes, lo que entraría en la muy amplia definición de la venta de niños; se prescinde de los fuertes vínculos que se crean durante el embarazo entre la madre gestante y el niño; y se hace desaparecer de la vida del niño a su madre gestante.

Realmente, esta jurisprudencia se relaciona más con los efectos de una filiación derivada de una maternidad subrogada practicada en un país que la admite por nacionales de otro país que la prohíbe, y que pretenden su reconocimiento en su país de origen, y en este punto son decisivas la existencia de vínculos biológicos entre el niño y los padres intencionales y la duración de la convivencia entre ellos.

6. BIBLIOGRAFÍA

F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, “Unas reflexiones sobre la nueva Ley de técnicas de reproducción humana asistida de 2006”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, III Época, núm. 4/2008, octubre-diciembre, pp. 639-698.

— *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2012.

C. LASARTE, *Derecho de familia* (T. VI de los *Principios de Derecho Civil*), Editorial Marcial Pons, 16.^a ed., Madrid, 2017.

R. A. LEONSEGUI GUILLOT, “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, segunda época, núm. 7, invierno 1994, pp. 317-338.

— “Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, segunda época, núm. 8-9, 1995, pp. 237-264.

F. LLEDÓ YAGÜE, “La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XLI-IV, octubre-diciembre 1988, pp. 1241-1263.

F. LLEDÓ YAGÜE y C. OCHOA MARIETA (dirs.) y Ó. MONJE (coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

P. LÓPEZ PELÁEZ, “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución («madres de alquiler») en el Derecho español”, en J. ALVENTOSA DEL RÍO y R. MOLINER NAVARRO (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. I., Universitat de València, Valencia, 2008, pp. 661-676.

— “Filiación y reproducción asistida”, en I. RAVETLLAT BALLESTÉ (coord.), *Derecho de la persona*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 89-136.

C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada”, *Escritos jurídicos TFW*, núm. 4/2017.

M. TORRALDA ERRUZ, “El contrato de gestación por sustitución”, en F. LLEDÓ YAGÜE y A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (dirs.) y Ó. MONJE BALMASEDA (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, T. I, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pp. 616-617.