

La gestación subrogada en el caso Paradiso

Campanelli contra Italia: inexistencia del derecho a ser padre o madre.

M. ^a José Pardo Pumar.

Abogada de familia. Profesora de derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

I. Una aproximación a la gestación por sustitución.

La gestación por sustitución es aquel contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación mediante técnicas de reproducción asistida aportando también o no su ovulo, con el compromiso de entregar al nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar los gametos o no, definición esta, dada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 23 de noviembre de 2011.

La regulación de la gestación por sustitución en los distintos Estados miembros de la Unión europea es de lo más diversa, los hay que la permiten, Grecia, Reino Unido, Ucrania, los hay que carecen de toda regulación, como Chequia o Irlanda, y los hay que la prohíben como por ejemplo Francia, Italia y España si bien la gran mayoría de los Estados Miembros la prohíben. Así en España el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo de técnicas de Reproducción asistida humana consagra la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución.

Pero donde más puede apreciarse esta diferente regulación es entre los países europeos que permiten la gestación por sustitución así nos encontramos con países que la permiten pero sólo con carácter altruista , o países que la permiten de manera amplia ya sea de manera altruista o con compensación económica; diferencias que también quedan patentes en la configuración de los diferentes requisitos exigidos para acudir a esta técnica de reproducción asistida, dado que no es mi intención hacer un estudio pormenorizado de la gestación por sustitución en el derecho comparado me limitaré a efectos de visión practica de

esta diversa regulación a mostrar algunos de los requisitos exigidos en diferentes países europeos que permiten la gestación subrogada, así por ejemplo nos encontramos entre otros con Grecia, es en el año 2002 donde en la Ley de Técnicas de reproducción humana asistida dio entrada a la figura de la gestación por subrogación pero limitada a parejas heterosexuales o mujeres solas siempre que la mujer tenga certificado médico de infertilidad y necesariamente se exigía residencia legal permanente en Grecia- vetándose así el acceso a los extranjeros- es en el año 2014 cuando se reforma esta Ley y se permite o se abre la posibilidad de recurrir a estas técnicas a extranjeros pero con las mismas exigencias de ser pareja heterosexual o mujer solas.

También Reino Unido permite desde la década de los años 80, la gestación por sustitución, pero necesariamente con carácter altruista, esto es sin que medie precio, la subrogación comercial se encuentra totalmente prohibida. No es esta la única limitación que introduce el reino Unido, así las personas solas, hombre o mujer, no podrán acceder a la gestación por sustitución, sólo se admite para matrimonios o parejas, ya sean heterosexuales u homosexuales, se exige que al menos uno de los miembros de la pareja tenga residencia británica pero el problema fundamental de Reino Unido es que el acuerdo de gestación por sustitución no tiene efectos vinculantes, esto quiere decir que en realidad los derechos sobre el hijo los tiene inicialmente la madre gestante y de estar casada su marido (presunción de paternidad) es decir no se garantiza el cumplimiento del mismo.

Portugal aprobó el pasado año la gestación por sustitución altruista a través de la Ley 25/2016 de gestación por sustitución, técnica a la que exclusivamente podrán acceder las mujeres solas o casadas que carezcan de útero o infertilidad, no podrán acceder a la misma hombres solos y/o pareja hombre homosexual. Si bien como ya he reseñado se prohíbe la subrogación comercial se permite que los padres de intención se hagan cargo de los gastos médicos. Se prohíbe que la mujer gestante aporte sus óvulos.

Ucrania y Rusia permiten la gestación por sustitución ya sea a título gratuito como mediando precio.

Ucrania sólo permite acudir a la gestación por sustitución a parejas casadas heterosexuales y entre otros requisitos se exige la necesaria existencia de justificación médica de que la mujer no puede gestar. Importante destacar que en Ucrania la mujer gestante renuncia a todo derecho sobre el bebé.

Rusia permite recurrir a esta técnica a parejas heterosexuales casadas o no y también a mujeres solteras, es evidente que otro requisito es causa médica de que la mujer no puede gestar. Para que los padres comitentes o de intención sean reconocidos como padres a efectos legales la legislación rusa exige la renuncia de la madre gestante a sus derechos sobre el bebé.

Sobre este diverso y dispar tratamiento de la gestación por sustitución el pasado 24 de enero de 2017, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puso fin al conocido caso Paradiso Campanelli contra Italia, dando un giro a la doctrina hasta entonces mantenida por dicho Tribunal en relación a la gestación por sustitución a través de los principales casos sobre maternidad subrogada que tenía sobre la mesa, que no son sino el ya referenciado caso Paradiso Campanelli contra Italia y los casos Menesson contra Francia y Labassee contra la Francia.

II. El caso.

El caso Paradiso Campanelli, es el caso de un matrimonio italiano que decide recurrir a un “vientre de alquiler” para poder tener un hijo, y acuden a Rusia por cuanto en Italia la gestación por sustitución está prohibida.

Fruto de dicho contrato, en febrero de 2011, nace un hijo, certificando las autoridades rusas a los padres de intención como padres a todos los efectos del menor y sin referencia alguna a que el menor ha sido fruto de gestación por sustitución.

Al llegar a Italia y tratar de inscribir el certificado de filiación ruso en el correspondiente registro Civil Italiano las autoridades italianas se lo deniegan y no reconocen la filiación al ser advertidos por el Consulado Italiano en Rusia que los documentos ofrecen una información falsa y que los padres no son los padres biológicos del menor, sino que este es fruto de un contrato de gestación por

sustitución prohibido en Italia. Por lo que las autoridades Italianas consideran a dicho certificado contrario al orden público Italiano, y concluyen que dicho certificado contiene información falsa, al no ser los que en él aparecen como padres los padres biológicos del menor.

En consecuencia, las autoridades italianas consideran al menor en situación de abandono, de conformidad con la ley de adopción internacional italiana, y retiran la custodia del menor a los padres de intención, siendo el mismo ingresado en octubre de 2011 en centro de acogida, desconocido para los padres de intención a los que se les prohibió todo tipo de contacto o comunicación con el menor.

Ante esta negativa a la inscripción el menor permanece sin identidad.

En enero de 2013 el niño es trasladado a una familia de acogida con finalidad adoptiva y se le concede una identidad, ese mismo año se confirma la negativa de las autoridades italianas de inscribir el certificado de nacimiento del menor ruso en el que constaban los padres de intención, como padres a todos los efectos.

Es entonces cuando el caso es llevado a los tribunales de justicia y el 27 de enero de 2015 el TEDH falla en primera instancia a favor de los padres de intención entendiendo que la retirada de la custodia supuso una vulneración del derecho a la vida privada y familiar consagrada en el artículo 8 del CEDH, entendiendo que entre los demandantes y el menor se había generado una vida familiar de facto, y que este derecho tiene prevalencia sobre el orden público y en cualquier caso debe atenderse siempre al interés del menor.

El Tribunal entendió que las autoridades italianas no habían sido capaces de obtener un justo equilibrio entre los intereses en ponderación esto es por un lado los intereses privados de los padres comitentes junto con el interés superior del niño y, por otro lado el interés público. Condenando así al Estado italiano a abonar una indemnización a los padres de intención, al considerar que la medida adoptada era desproporcionada en relación con el fin perseguido.

En este mismo sentido, esto es, fallo a favor de los padres comitentes y condena al estado nacional, se había pronunciado con anterioridad el Tribunal en las sentencias de fecha 26 de junio de 2014, en los ya mencionados asuntos

Menesson y Labassee contra Francia, al estimar el TEDH que al denegar Francia la inscripción de los respectivos hijos fruto de sendos contratos de gestación por sustitución se violaba el artículo 8 del CEDH en su aspecto derecho a la vida privada de los menores a los que se negaba una determinada identidad, debiendo prevalecer en todo caso el superior interés del menor.

III. La decisión de la gran sala

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado un giro a su posición en materia de gestación por sustitución al revisar la sentencia dictada enero de 2015 en el caso Paradiso Campanelli y, así la Gran Sala del TEDH, en la sentencia dictada el 24 de Enero de 2017 afirma que la retirada de la custodia del menor a los padres comitentes o de intención no implica en modo alguno una vulneración del derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del C.E.D.H., dando la razón al Estado italiano y ello por los siguientes motivos:

1. Porque entre el menor y los padres de intención no existe relación biológica alguna (diferencia con los casos Menesson Labasse contra Francia)
2. Porque no puede hablarse de vida familiar propiamente dicha al haber convivido los padres comitentes y el menor un periodo de tan solo 6 meses.
3. Porque se pagó un precio por el menor de 49.000 euros¹.
4. Porque no existe un derecho a ser padre sino un mero deseo de ser padre o madre, pero lo que sí existe es un derecho del hijo a conocer su origen biológico.²

¹ El artículo 3.2 de la Carta Europea de Derechos humanos determina que: *“En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: -la prohibición de que el cuerpo humano o las partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro.”*

² La Gran sala Manifiesta en su sentencia de 27 de enero de 2017 que *“el derecho al “respeto de la vida familiar” no protege el menor deseo de fundar una familia”*

5. Porque los padres de intención acudieron a la gestación por sustitución a Rusia a sabiendas de que en su país de origen, Italia, la misma se encuentra prohibida, esto es contraviniendo el orden público.

En consecuencia, concluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que debe prevalecer el interés público sobre el deseo de ser padre/madre y la necesidad de defender el orden público y la protección de los derechos y libertades entre los que se encuentra el derecho de los hijos a conocer su origen biológico.

Para llegar a esta Conclusión la Gran Sala parte de las siguientes consideraciones preliminares:

1. Que el embrión se obtuvo de una donación tanto de ovocitos como de esperma, de donantes desconocidos, por lo que los orígenes genéticos del menor eran desconocidos.
2. Que el menor nació de una mujer rusa que renunció a sus derechos sobre él (mujer que no había aportado su material genético).
3. Que no existía vínculo biológico alguno con los padres de intención.
4. Que el menor es traído a Italia por los padres comitentes vulnerando las leyes de adopción internacional³, vulnerando también los padres las leyes de reproducción asistida humana italianas que prohíben tanto la gestación por sustitución como la técnica de reproducción asistida heteróloga.
5. Que de conformidad con la legislación italiana no estamos ante un supuesto de gestación por sustitución tradicional.

Centrando así, la Gran Sala, el objeto del debate en determinar si el artículo 8 del CEDH resultaba aplicable el caso en cuestión y de resultar aplicable ver si las medidas urgentes adoptadas por el Tribunal de menores de Italia –esto es retirada de la custodia del menor y su declaración en situación de abandono de conformidad con las leyes Italianas- constituyen o no una injerencia en derecho a la vida privada y familiar del matrimonio las medidas adoptadas por el Estado Italiano vulneraban o no el artículo 8 del CEDH, incidiendo la gran sala en que el

³ La Ley nº 184/1983 de 4 de mayo de 1983 que rige la adopción internacional en Italia.

menor no es parte en el procedimiento (a diferencia de los casos *Menesson y Labasse contra Francia*)

Así, en primer lugar la sentencia aborda la posible violación del artículo 8 del CEDH analizando de forma separada la vida familiar y la vida privada.

IV. Vida familiar.

Con respecto al primero de los aspectos “existencia o no de una vida familiar” entre los demandantes, padres comitentes o de intención, y el menor, la Gran Sala inicia el análisis de este punto recalcando que las disposiciones del artículo 8 no garantizan el derecho a fundar una familia ni tampoco el derecho a adoptar.

Al no ser objeto de debate la existencia o no de relación biológica entre los demandantes y el menor -por cuanto la inexistencia de vínculo biológico no era discutida - la cuestión se centra en determinar si la relación de parentesco legal reconocida por la legislación rusa (certificado de nacimiento emitido por las autoridades rusas), tal y como alegaban los padres de intención, puede ser considerada como constitutiva a todos los efectos de un vínculo análogo a la relación biológica pudiendo así incardinarse, junto con otros factores, en el concepto de “vida familiar”.

Pues bien, La Gran Sala recuerda que a diferencia de lo que sucedía en los casos *Menesson y Labasse contra Francia* aquí no se trata de determinar si la certificación de nacimiento debía o no haber sido objeto de inscripción en el Registro civil italiano y ello porque el matrimonio *Paradiso Campanelli* no recurrió en Casación la resolución confirmatoria de la desestimación del reconocimiento de la certificación emitida por las autoridades rusas. Esto no puede sino conducir a la necesaria conclusión de inexistencia de relación parental reconocida en Italia.

Llegados a este punto el análisis de la Gran Sala consiste en comprobar si la relación de los padres comitentes con el menor puede incardinarse en el ámbito de la vida familiar y, para ello es necesario la existencia de un *vínculo personal genuino*, y la determinación de su existencia o no vendrá dada por un análisis detallado de lo que denominan la calidad de los vínculos.

Calidad de los vínculos que engloba dos aspectos:

- La duración de la convivencia entre los demandantes y el niño, que la gran Sala configura como factor clave para el reconocimiento de la vida familiar.
- El papel desempeñado por los padres de intención frente al niño.

Respecto al primero de los aspectos, esto es duración de la convivencia, la sentencia determina que es imposible fijar una duración mínima de convivencia, pero que esta, la duración, es un factor clave para el reconocimiento de la existencia de una vida familiar, que debe necesariamente evaluarse de manera conjunta con las circunstancias de cada caso en concreto y la calidad del vínculo.

En el caso en concreto los demandantes el periodo de convivencia había sido corto, tan sólo habían convivido con el menor 6 meses, a lo que debía sumarse la inexistencia de relación biológica alguna, con lo cual tampoco estamos ante la negativa a una determinación de relación parental biológica, como sucedía en los casos Labasse y Menesson.

Inexistencia de relación biológica que trato de suplirse por el padre de intención alegando su creencia de que era el padre biológico (los demandantes siempre alegaron que el señor Paradiso había aportado su material genético pero de las pruebas bilógicas practicadas se concluyó que no existía relación bilógica alguna) concluye la gran sala que este argumento *no puede compensar la corta duración del periodo en que vivió junto al niño*.

El cese de la convivencia de los demandantes con el menor vino dada por la propia inseguridad jurídica por ellos creada, derivada de la vulneración de las leyes italianas, por cuanto suscribieron un contrato nulo según legislación italiana, acudieron a técnicas de reproducción (las heterólogas) también prohibidas en Italia y vulneraron las normas de adopción internacional italiana.

La Gran Sala entiende que en atención a todo lo expuesto no puede considerarse que se diesen las circunstancias para considerar la existencia de una vida familiar propiamente dicha y que por lo tanto el artículo 8 del CEDH no ha sido vulnerado en este aspecto.

V. Vida privada

El concepto de vida privada es un concepto amplio, que comprende diferentes aspectos, dentro de los que, en ocasiones, puede incluir la identidad física y social del individuo y que engloba el derecho al desarrollo personal.

El Tribunal concluyó en primera instancia en su sentencia de 2015 que la decisión de los demandantes de convertirse en padres se encontraba incluido en el ámbito de la vida privada de los mismos y ello porque debía necesariamente respetarse esa decisión manifestada a través de la *intención genuina de ser padres*, y porque los mismos habían centrado sus vidas en la consecución de su “plan para ser padres”.

La Gran Sala concluye que si bien no puede hablarse de una vulneración del derecho a la vida privada, por los motivos que expondremos a continuación, las medidas que se adoptaron por las Autoridades Italianas y que fueron impugnadas por los demandantes sí que se referían a su vida privada y por lo tanto en este aspecto resulta aplicable el artículo 8 del CEDH en su apartado segundo que reza de la siguiente manera: *2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

Se trata por lo tanto de determinar si esa injerencia de las autoridades italianas, expresada en no dar validez al certificado de filiación ruso y en consecuencia acordar la separación del menor de los padres comitentes, su declaración de abandono y posterior adopción, puede encuadrarse en la excepción del apartado 2 del artículo 8, esto es en determinar si:

A. Estamos ante una injerencia “conforme a la ley” o no.

La Gran sala determina que la injerencia en la vida privada de los demandantes fue **conforme a la ley** y ello porque:

1. El certificado de filiación ruso, de conformidad con el convenio de la Haya no certificaba la veracidad del contenido del documento sino simplemente de la firma del mismo.
2. La limitación de los efectos jurídicos del certificado derivada del Convenio de la Haya tiene por finalidad de *preservar el derecho de los estados signatarios* –en este caso Italia- *de aplicar sus propias normas de elección de ley* cuando se trata de otorgar fuerza probatoria al contenido del certificado.
3. Los Tribunales italianos aplicaron la propia ley nacional sobre conflictos de leyes que determina que la relación jurídica de filiación se determina por la legislación nacional del menor en el momento del menor.
4. Dado que para las autoridades italianas no se había logrado acreditar la nacionalidad el menor (por cuanto sus padres biológicos eran desconocidos) el menor fue considerado como extranjero, de conformidad con la Ley Italiana de adopciones internacionales.
5. En consecuencia y de conformidad con la Ley Italiana fue declarado en abandono.

B. Si dicha injerencia perseguía un **objetivo legítimo**

Considera que la Gran Sala que las medidas adoptadas tenían un doble objetivo **legítimo** que no era otro que prevenir el desorden y proteger los derechos y libertades de los demás. Y ello porque no hay que olvidar que los padres de intención habían burlado las leyes italianas tanto de la de adopción como la de técnicas de reproducción asistida. La única solución posible a poner fin a dicha situación ilícita era separar de manera inmediata al menor de los padres comitentes de no ser así tal y como se justificaron las autoridades italianas en las distintas instancias judiciales se estaría dando validez a un comportamiento que vulnera el orden público italiano.

C. Si son medidas necesarias en una “**sociedad democrática**”:

Analiza igualmente la Gran Sala si dichas medidas pueden considerarse necesarias en una “**sociedad democrática**”, trata de determinar si la

injerencia, esto es si las medidas adoptadas, es proporcional al fin perseguido, esto es al objetivo legítimo perseguido.

Pues bien, cuando se trata de aplicar el artículo 8 del CEDH insiste la Gran Sala que el margen de apreciación que se confiere a los estados miembros es muy amplio cuando se trata de situaciones, como la que nos ocupa, maternidad subrogada, en el que no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa ni en cuanto a la importancia relativa al interés en juego, ni en cuanto a los medios para protegerlos cuando el caso plantea serias dudas morales o éticas. En estos casos lo que habrá de hacerse es una ponderación entre los intereses públicos y los intereses privados en juego. Alegaban, por el contrario, los padres comitentes que el margen de apreciación debía ser restringido si bien el TEDH no les da la razón porque insiste estamos antes una cuestión que plantea dudas morales y respecto al que no hay consenso a nivel europeo en nada comparable con los casos Menesson y Labasse contra Francia en los que se alegaba la negativa a dotar de identidad a los menores y el reconocimiento de una descendencia genética, y ello porque entre otras cosas , en el asunto que nos ocupa los padres comitentes no representan al menor.

Concluye el Tribunal que hubo un justo equilibrio entre los intereses públicos y los privados en juego y por ello la injerencia entraba dentro de los parámetros contenidos en el apartado 2 del artículo 8, así es necesario ahondar en cuales eran los intereses en juego para poder comprender la decisión de la gran sala.

VI. El interés público.

Los intereses públicos, esto es del Gobierno italiano, se resumen en la necesidad de poner fin a una situación ilegal, derivada de la conducta ilícita de los demandantes los cuales a pesar de contar con la autorización necesaria para la adopción, burlaron estas leyes nacionales acudiendo así a la maternidad

subrogada, estando prohibida en el derecho italiano siendo en este caso el interés público la necesidad de proteger a las madres y a los niños afectados por estas prácticas consideradas por el gobierno italiano como “altamente problemáticas”. Igualmente burlaron la Ley italiana de adopción internacional que tienen como interés público el proteger a los niños evitando así entre otras conductas la trata de menores, pagaron un precio por ser padres, unos 50.000 euros estando prohibido comercio con el cuerpo humano.

VII. Intereses privados

Entran en juego los intereses del niño por un lado y los de los demandantes, padres de intención por otro.

Intereses del Niño: No estamos sino ante la necesidad de dar prevalencia al *INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR* tal y como se consagra en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño, ahora bien carecemos de definición alguna de qué debe entenderse por tal interés superior. En este caso se alegan por los demandantes la necesidad de preservar la relación del menor con ellos y por su parte el Gobierno Italiano y los Tribunales italianos entendieron que ello supondría dar legalizar una situación ilícita creada por los propios demandantes.

Recuerda en este aspecto el Tribunal que no se puede olvidar que el menor no es parte en el procedimiento y que o existe vinculo biológico alguno y que el mismo no formaba parte de la familia de los mismos en el sentido del artículo 8 del CEDH

Intereses de los demandantes: Este no es otro que el continuar su relación con el menor, su alegado derecho a formar una familia, a ser padres.

Concluye la Gran sala que las autoridades italianas lograron un justo equilibrio entre los intereses en juego al adoptar las medidas urgentes y ello porque tal y como se ha desarrollado a lo largo del artículo y como muy bien fundamenta la Sentencia los intereses públicos en juego eran muy importantes y se concluyó que la separación por el escaso periodo de tiempo de convivencia no causaría daño irreparable al menor, pero insiste la Gran Sala en que la Convención no reconoce el derecho a ser padre o madre y que si las autoridades italianas hubiesen acordado que el menor se quedase con los demandantes de cara a

concederles la adopción del mismo esto habría supuesto la legalización de una situación generada exclusivamente por los padres de intención con violación de importantes normas de derecho italiano.

Ya para finalizar no puedo sino concluir que una vez dictada esta sentencia parece que el TEDH abre a los Estados la posibilidad de luchar contra la gestación por sustitución en base a la defensa de su ordenamiento jurídico, de la prevalencia del orden público sobre el deseo de ser padres, de la prevalencia del derecho de los hijos a conocer su origen biológico sobre el deseo de ser padre o madre, confirmando la existencia de un amplio margen de apreciación para los Estados en estos casos en los que no existe consenso y que ofrecen dudas éticas y morales, si bien es cierto y a la vez relevante, que la misma no aborda propiamente la gestación por sustitución sino si las medidas adoptadas por las autoridades italianas vulneraron el artículo 8 del CEDH o si por el contrario la injerencia de las mismas estaba justificada de conformidad con el apartado 2 de dicho artículo.