

ESCRITOS JURÍDICOS TFW

PRODUCIDO POR EL ÁREA DE DERECHO DE THE FAMILY WATCH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada

Carlos Martínez de Aguirre, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza. Presidente
de The Family Watch y de la Internacional Academy for the study of the Jurisprudence of the
Family

4/2017

Introducción.

En torno a las técnicas de reproducción asistida todo es discutido, y no solo desde el punto de vista legal. Una de las más polémicas es la llamada convencionalmente maternidad subrogada, que es rechazada por un número importante de países, dentro y fuera de la Unión Europea, mientras que es admitida en algunos otros. 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: en las páginas que siguen se va a dar noticia de la doctrina sentada por dicho.

El TEDH se ha ocupado de estos problemas, por un lado en las sentencias recaídas en los asuntos *Menesson* (demanda 65192/11) –que utilizaré como referencia por ser la primera– y *Labassée* (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), de 21 de julio de 2016. Por otro lado, debe ser mencionada la sentencia dictada por la Gran Sala en el asunto *Paradiso* (demanda 25358/12), de 24 de enero de 2017, que revoca la sentencia pronunciada por la Sala el 27 de enero de 2015. Conviene diferenciarlas porque los hechos no son coincidentes, y tampoco lo es la decisión final del TEDH.

El asunto *Menesson*.

En este caso, el matrimonio formado por Dominique y Sylvie *Menesson*, ante sus problemas de infertilidad, decidió recurrir a la maternidad subrogada (prohibida por el Derecho francés) en California, donde esa técnica es legal. El marido aportó los espermatozoides, que fecundaron un óvulo de donante, y los embriones resultantes fueron implantados en el útero de la madre gestante, que dio a luz gemelos. El Tribunal Supremo de California había decretado previamente que los gemelos tendrían como padre genético al Sr. *Menesson*, y como madre legal a la Sra. *Menesson*. El consulado francés en Los Ángeles rehusó inscribir a los niños en el Registro civil como hijos de los *Menesson*. Después de un largo y complejo proceso judicial, el Tribunal Supremo francés acabó rechazando definitivamente dicha inscripción, sentencia que fue recurrida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el matrimonio *Menesson* y por los gemelos nacidos a consecuencia del contrato de maternidad subrogada.

De este relato me interesa destacar ahora: 1) la existencia de un vínculo biológico entre el Sr. *Menesson*, que aportó los gametos, y los gemelos nacidos como consecuencia de la maternidad subrogada: él es, biológicamente, su padre; 2) la duración de la convivencia entre los niños y el matrimonio *Menesson*, que se prolongó durante más de 10 años, si se cuenta hasta la sentencia del TEDH; 3) que fueron parte en el procedimiento no solo el matrimonio que encargó la gestación, sino también los niños nacidos a consecuencia de ella.

En su sentencia, el TEDH analiza si ha habido violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos¹, y llega a la conclusión final de que sí la hubo. En concreto, vale la pena resaltar las siguientes ideas:

¹ “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
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

1) Que el margen de libertad de los Estados en lo relativo a la admisión de la maternidad subrogada y al reconocimiento de los vínculos de filiación entre los comitentes y los niños nacidos en el extranjero como consecuencia de esa técnica, es muy amplio, dada la falta de consenso europeo sobre tales cuestiones (§ 78).

2) Que la injerencia del Estado francés en la vida privada de los recurrentes mediante su negativa a inscribir la filiación solicitada, se ajustó a lo establecido en el art. 8, ya que se produjo de acuerdo con la ley y persiguió motivos legítimos (en concreto, *“la protección de la salud”, y “la protección de los derechos y las libertades de los demás”*, puesto que la finalidad de la prohibición de la maternidad subrogada es proteger a las madres portadoras y a los niños: § 62).

3) Que, sin embargo, el derecho de los niños a su vida privada se había visto afectado significativamente por la imposibilidad de establecer vínculos jurídicos de filiación, sobre todo con el Sr. Mennesson, teniendo en cuenta que era biológicamente el padre de los gemelos, y como la importancia del factor biológico en la configuración de la identidad personal (§§ 99, 100 y 101).

La conclusión del TEDH es que el derecho de los niños al respeto a su vida privada, había sido infringido al impedir el establecimiento de una relación legal de filiación entre ellos y su padre biológico, de forma que se había producido violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Esta sentencia está lejos de ser un espaldarazo del TEDH a la maternidad subrogada, sobre la que no se pronuncia, ya que se basa principalmente en la existencia de un vínculo biológico de filiación entre el Sr. Mennesson y los gemelos, vínculo cuya plasmación legal fue impedida por las autoridades francesas.

El asunto Paradiso.

En este segundo caso, el matrimonio formado por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, ante sus problemas de infertilidad, decidieron recurrir a la maternidad subrogada (prohibida en Italia), en Rusia, donde es legal. La esposa viajó a Rusia llevando el líquido seminal de su marido; tras un proceso de fecundación *in vitro*, con óvulo de donante, dos embriones fueron implantados en la madre gestante, que dio a luz un niño en febrero de 2011, en cuya fecha la madre portadora consintió formalmente en que el niño fuera registrado como hijo del matrimonio comitente, expidiéndose por las autoridades rusas el correspondiente certificado de nacimiento a nombre del matrimonio Paradiso-Campanelli. La esposa regresó a Italia el 30 de abril de 2011. El 5 de mayo de 2011 dieron comienzo en Italia varios procedimientos legales contra el matrimonio, por violación de las leyes italianas relativas a la adopción y las técnicas de reproducción asistida, en cuyo transcurso se denegó la inscripción en Italia del certificado de nacimiento emitido por las autoridades rusas. En agosto de 2011, por decisión de los tribunales italianos, se realizaron test de ADN al esposo y al niño, cuyo resultado fue que no existía vínculo genético entre ambos, de forma que el marido no era realmente el padre biológico del niño. El 20 de octubre de 2011 se dictó una orden de retirada inmediata del niño, que fue puesto al cuidado de los servicios sociales, y cuyo procedimiento de adopción se abrió poco después. El niño recibió un nuevo nombre, y meses después fue adoptado por otra familia. Los tribunales italianos rechazaron todos los intentos del matrimonio Paradiso-Campanelli de recuperar al niño, por lo que estos recurrieron ante el TEDH, el cual, en una primera decisión de Sala (27 de enero de 2015) consideró que se había producido violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tal decisión fue recurrida por el Gobierno italiano ante la Gran Sala.

De estos hechos interesa destacar ahora: 1) la inexistencia de vínculo biológico entre el matrimonio Paradiso-Campanelli y el niño nacido como consecuencia de las técnicas empleadas en Rusia; 2) que la convivencia entre el niño y los dos esposos duró menos de un año; 3) que el niño no fue parte en el procedimiento, por considerar el TEDH, ya desde la sentencia de la Sala de 2015, que el matrimonio recurrente carecía de legitimación para actuar en nombre del niño.

En su sentencia de 24 de enero de 2017, la Gran Sala decidió que no se había producido violación del art. 8 del CEDH. De su argumentación cabe resaltar los siguientes aspectos:

1) Aunque la ruptura de la relación entre el matrimonio Paradiso-Campanelli y el niño no era directamente imputable a aquellos, sin embargo fue consecuencia de una situación de inseguridad jurídica creada por ellos mismos, al llevar a cabo una conducta contraria al Derecho italiano (§ 157).

2) Dada la ausencia de vínculos biológicos entre los recurrentes y el niño, y la corta duración de la convivencia, no se cumplían las condiciones requeridas para entender que existía entre ellos vida de familia en el sentido del art. 8 CEDH (§ 157).

3) Las medidas adoptadas por el Estado italiano supusieron una injerencia en la vida privada de los recurrentes, pero se trató de una injerencia realizada conforme a las exigencias del art. 8 CEDH –de acuerdo con la ley, para obtener finalidades legítimas y necesaria en una sociedad democrática para lograr dichas finalidades– (§§ 173-174, 178).

4) No es tarea del TEDH sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios, en orden a la determinación de la política más apropiada para regular la maternidad subrogada (§ 180).

5) La finalidad de proteger a los niños incluye no solo el caso en concreto de un niño en particular, sino el interés de los niños en general (§ 197).

6) La argumentación de la Gran Sala menciona recurrentemente la ilegalidad de la conducta desarrollada por el matrimonio Paradiso-Campanelli, a la que eran imputables los problemas surgidos, y justifica las decisiones de los Tribunales italianos dirigidas a proteger la legalidad nacional (§§ 133, 147, 157, 209 entre otros).

¿Qué ha dicho el TEDH?

De la doctrina sentada en las sentencias que se han traído a colación cabe hacer algunas consideraciones:

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”.

1. En primer lugar, el TEDH no se ha pronunciado explícitamente sobre los contratos de maternidad subrogada. Antes bien, tras reconocer que es una materia sobre la que no hay consenso, de forma que los Estados gozan de una amplia capacidad de decisión (*Menesson* § 78, *Paradiso* § 182, 194), afirma que no es función del Tribunal sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios, en orden a la determinación de la política más apropiada para regular la maternidad subrogada.

En este punto resulta especialmente interesante uno de los votos particulares concurrentes (es decir, que comparten la decisión, pero no todos los puntos de la argumentación) emitidos en el asunto *Paradiso*, el de los Jueces De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek y Dedov: estos Jueces lamentan que el Tribunal no se haya pronunciado expresamente sobre la maternidad subrogada, por entender: i) que es incompatible con la dignidad humana, en la medida en que supone tráfico de niños, en el sentido del art. 2 del Protocolo Opcional de la Convención de Derechos del Niño; ii) que desconoce la fuerte relación que se crea durante el embarazo entre la madre gestante y el niño que ella lleva en su seno; iii) y que hace desaparecer de la vida del niño a su madre gestante.

2. Las sentencias del TEDH tienen que ver más que con la maternidad subrogada en sí, con los problemas que plantea la maternidad subrogada llevada a cabo por un nacional de un país que la prohíbe en otro país que sí la admite, y que pretende después que la filiación derivada de esa maternidad sea reconocida legalmente en su país de origen. En relación con este problema, el TEDH es consciente de que el libre reconocimiento de dicha filiación equivaldría dejar sin efecto la prohibición o el rechazo de la maternidad subrogada (*Paradiso* § 211, 215; *Menesson* § 84). En el caso *Paradiso* este planteamiento, unido a las circunstancias a las que me referiré inmediatamente, es decisivo; en cambio, en la sentencia *Menesson* tiene menos fuerza, también por el concurso de circunstancias diferentes.

3. De ambas decisiones resulta la importancia tanto de la existencia de una relación biológica de filiación como del tiempo efectivo de convivencia entre los padres comitentes y el niño o niños nacidos como consecuencia de la maternidad subrogada. En el asunto *Menesson*, tales circunstancias son decisivas, y son las que justifican la decisión final del TEDH: uno de los recurrentes era biológicamente padre de los gemelos, y la convivencia entre el matrimonio *Menesson* y los niños duró más de diez años. Sin embargo, en el asunto *Paradiso* las cosas eran muy diferentes: no había relación biológica entre el niño y el matrimonio *Paradiso-Campanelli*, y la convivencia no había llegado a durar ni un año, de forma que el Tribunal entiende que no hay, de hecho, vida de familia (§ 157). Desde esta perspectiva, ha sido clave la rápida intervención de las autoridades italianas en la retirada del niño y su adopción por otra familia, obteniendo así un equilibrio (que el Tribunal ha considerado adecuado) entre el legítimo interés del Estado en salvaguardar principios básicos del Derecho italiano y el interés del niño.

En este punto, vale la pena resaltar la importancia que el Tribunal concede a la existencia de relación biológica de filiación (presente en *Menesson*, ausente en *Paradiso*), frente a planteamientos que parecen pretender rebajar dicha importancia, o incluso hacerla desaparecer, en relación con los vínculos legales de filiación.

Excursus español.

También en España se han planteado casos similares a los resueltos por las sentencias reseñadas, aunque con la peculiaridad de que en los casos que generaron inicialmente el problema, la pareja comitente estaba formada por personas del mismo sexo (en concreto, varones).

Recordemos, primero, qué es lo que pasó. La Ley española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, dispone en su art. 10 que los contratos de maternidad subrogada no son válidos, de manera que legalmente es madre la mujer que da a luz. A partir de ahí, el caso es el siguiente: dos varones españoles, casados entre sí y residentes en España, van a California, donde la maternidad de alquiler está permitida, y contratan allí los servicios de una mujer con esa finalidad. La mujer queda embarazada de gemelos mediante técnicas de reproducción asistida, usando gametos de uno de los varones. Tras el nacimiento de los niños, que según la ley californiana son hijos de esos dos varones, acuden al Consulado español de Los Ángeles para inscribirlos en el Registro civil, pero el cónsul rechaza la pretensión porque el Derecho español considera inválidos los contratos de maternidad subrogada. Los dos varones recurren ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), que les da la razón. El Ministerio Fiscal recurre esa decisión de la DGRN, y tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia Provincial rechazan la inscripción de los niños como hijos de los dos varones que encargaron la gestación. Por último, el caso llega ante el Tribunal Supremo, que mediante sentencia de 6 de febrero de 2014 rechaza definitivamente tal inscripción.

El argumento fundamental del Tribunal Supremo es el fraude de ley: la ley española considera nulos los contratos de maternidad de alquiler, y estos dos varones van a California exclusivamente para poder celebrar ese contrato, y para que produzca sus efectos (que ambos sean considerados legalmente padres de los niños) en España: como dice textualmente la sentencia *“los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España”*.

Junto a ello, la sentencia, emplea otros argumentos, que destacan por la claridad con la que afronta determinadas cuestiones.

Así, dice el Tribunal Supremo que nuestro Derecho no acepta que *“los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”*. No es, pues, un problema de prejuicios contra las modernas técnicas de reproducción asistida, sino de defensa, en primer lugar, de la dignidad de la mujer, que no puede ser reducida a una prestadora de servicios de maternidad (si se me permite la expresión, a ser una incubadora de carne y hueso).

Debe ser también subrayada la respuesta al argumento de que rechazar la inscripción sería contrario al superior interés de los niños. En relación con ello, afirma el Tribunal Supremo (la cita es larga, pero creo que vale la pena) que *“la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación*

económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él. La invocación indiscriminada del "interés del menor" serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas".

Para terminar, a la luz, sobre todo, de la sentencia *Menesson*, hay que resaltar que el TS español, a diferencia del francés, sí abre la puerta a que se establezcan vínculos legales de filiación entre los comitentes (**ambos** comitentes, y no solo el que aportó los gametos) y los niños nacidos a consecuencia de la maternidad subrogada, pero mediante los mecanismos legalmente establecidos para ello: *"El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar"*. Esto quiere decir que la situación en España, tal y como resulta tras esta sentencia del TS, es perfectamente compatible con la doctrina del TEDH.

Sin embargo, la historia en España no acaba ahí. Poco después de la sentencia del Juez de Primera Instancia, la DGRN dictó una Instrucción (5 de octubre de 2010), en la que por un lado establecía una serie de requisitos formales que hacen más difícil la inscripción de los niños nacidos de esta forma como hijos de quienes encargaron su gestación, pero por otro lado admite dicha inscripción, contra la clara prohibición legal, ahora avalada por la decisión judicial. De esta forma se da carta de naturaleza, por vía puramente administrativa, a una práctica rechazada por la ley y por el Tribunal Supremo, por medio de lo que se presenta como un caso "de libro" de fraude de ley. De esta forma, el rechazo de los contratos de gestación subrogada (que se apoya en fundamentos tan sólidos como los recogidos por el Tribunal Supremo o por el voto concurrente de la sentencia *Paradiso*) pasaría a ser mero papel mojado.

© The Family Watch 2017

Las opiniones expresadas en este documento no reflejan necesariamente los puntos de vista de The Family Watch o cualquier otra institución, sino que son de exclusiva responsabilidad del autor. Se publica bajo una licencia Creative Commons de atribución no comercial 3.0 Unported.
