

# **Perspectivas de la “maternidad subrogada” en España: la incidencia de la sentencia de Estrasburgo en el “caso Paradiso” II**

José Antonio Díez  
Profesor en el Grado de Derecho  
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

## **Legislación internacional:**

Hasta el presente, el ordenamiento y las declaraciones de las instancias internacionales, son coincidentes en tres presupuestos que se verían seriamente comprometidos por la legalización de la MS: 1. La prohibición de comerciar con cuerpo humano (entre otros, art. 21 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 4 de abril de 1997, y art. 3 de Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea); 2. El derecho de los hijos a conocer su origen y la identidad progenitores (artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989); 3. Nulidad de contratos o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer (art. 15 de la Convención para la eliminación de la discriminación de la mujer, de 1979)

Por su parte, el Parlamento Europeo ha mantenido una postura constante de oposición a la MS desde que lo abordó por vez primera en 1989[1], hasta las recomendaciones contenidas en el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo[2] (Diciembre de 2015, n. 115), que “condena la práctica de la gestación por sustitución, como contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima”; reitera la propuesta de prohibición de esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo.

De otra parte, el pasado 23 de noviembre la Comisión de Asuntos Sociales del Consejo de Europa, decidió posponer sine die, un proyecto de resolución favorable a la maternidad subrogada, presentada por la diputada belga P. De Sutter[3], concluyendo que “a pesar de que hay una amplia mayoría en contra de la subrogación con fines lucrativos, tampoco deben permitirse los acuerdos de subrogación altruistas, ni se debería alentar a los Estados a que permitan este tipo de acuerdos, si quieren establecer unas normas mínimas con miras a la protección de las madres de alquiler y los niños nacidos por sustitución”[4].

## **La doctrina del TEDH sobre maternidad subrogada**

Hasta la resolución del caso Paradiso, la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) ha estado guiada por las sentencias de 26 de junio de 2014 de los casos *Mennesson y Labassee c/Francia*[5] por la que se declara la violación del Art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) sobre

el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Los recurrentes eran dos matrimonios franceses que contrataron en los Estados Unidos sendas gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De dichas gestaciones nacieron, respectivamente, dos niñas gemelas y en el otro una niña, que fueron inscritos en Norteamérica. Sin embargo, la justicia francesa les denegó la inscripción de la filiación y Estrasburgo resolvió que se había vulnerado el art. 8 del CEDH, por el perjuicio que para el interés superior del menor se deriva del hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero. En este caso, el TEDH antepuso los intereses de los menores nacidos por un proceso de maternidad subrogada al de las propias normas de acceso al registro de cualquier estado miembro de la Unión Europea.

Estas sentencias han ejercido una apreciable influencia en orden al reconocimiento y regulación de la MS España, en concreto, el Ministerio de Justicia se apresuró a anunciar el compromiso de adecuar la legislación española, de forma que se faciliten estas inscripciones[6].

En el caso Padiso-Campanelli, fallado en primera instancia el 27 de enero de 2015[7], la Corte había condenado a Italia a pagar 30.000 euros a otra pareja que había tenido un niño por MS en Rusia, al que se denegó la inscripción en Italia, al estimar que la retirada del niño había sido una violación del respeto a su vida privada y familiar (art. 8 CEDH). El TEDH admitió que la compra de un niño puede constituir el fundamento de una vida familiar protegida por el Convenio, si los compradores han “actuado como padres” durante unos meses. Dedujo de ese hecho que la protección de esta “vida familiar” tenía precedencia sobre el respeto del orden público y que era de interés para el niño ser planteado por sus compradores.

Posteriormente, la Gran Sala, revisó la sentencia, y dictó el 24 de enero de este año una importante decisión que revocaba la anterior, y declaraba que no hubo una violación por Italia de los derechos del Artículo 8 del CEDH.

Aunque esta última sentencia, no puede interpretarse como un rechazo a la legalización de la MS, ha entendido, contrariamente a su decisión anterior, que las autoridades italianas podían retirar legítimamente a los padres compradores la custodia de un hijo obtenido ilegalmente por MS, devolviendo, de ese modo, a los Estados europeos la posibilidad de luchar contra la subrogación internacional. En este caso, la Corte aprecia algunas diferencias con las sentencias Mennesson y Labassée, en la medida en que el niño no tiene conexión biológica con los compradores italianos: fue “producido” por 49.000 euros por una sociedad moscovita con gametos de otras personas. Las autoridades italianas, al darse cuenta de la violación de las leyes internacionales y del orden público italiano, decidieron -en interés del niño- retirarle de la custodia de sus compradores para que lo pusieran en cuidado para su adopción. El niño había vivido menos de seis meses con sus compradores. La Gran Sala apreció la falta de vida familiar, incluso de hecho (§ 157), entre los peticionarios y el niño, por la ausencia de vínculo biológico entre ellos, la corta duración de la relación y la

“incertidumbre” de los lazos desde una perspectiva jurídica, y que “a pesar de la existencia de un proyecto parental y la calidad de los vínculos emocionales”, sólo la vida privada del peticionario había sido afectada por el retiro del niño. sin que ese hecho significara una violación de sus derechos en el sentido del artículo 8 CEDH. Sin embargo, juzgó que el objetivo legítimo de la retirada del niño era la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás, en particular la protección de los hijos en lo que respecta a la filiación, alterando la prioridad de intereses que habían manifestado las sentencias de 2014. Además, consideró que las autoridades italianas habían alcanzado un equilibrio justo entre los diferentes intereses en juego, manteniéndose dentro del amplio margen de apreciación de disponen los Estados para regular esta materia. El TEDH recuerda, en fin, que “(...) la Convención no reconoce el derecho a ser padre” y que “los intereses públicos” prevalecen sobre el “deseo de ser padres” de los peticionarios. Por otra parte, era legítimo retirar al niño, pues “acordar dejar que el niño se quedara con los solicitantes (...) habría equivocado a legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes normas del derecho italiano” (§ 215). La sentencia Paradiso no sienta, ni mucho menos, una doctrina firme sobre la legalidad de la MS. Como en otros casos donde se plantean supuestos conflictivos (aborto, matrimonio homosexual, eutanasia) para los que los Estados dan soluciones diversas, acaba apelando al principio del margen de discrecionalidad de las legislaciones internas, para no entrar del todo en el fondo de la cuestión. De todos modos, propone algunas claves y establece algunos límites para evitar una aceptación acrítica, por parte del legislador, de la regularización de la MS, en particular la apelación a una situación de hecho propiciada por los interesados y contraria al ordenamiento de un país, para imponerla al legislador en base a una lógica de “fait accompli”.

Por otro lado, en lo que atañe a nuestro país, pienso que el legislador debería ser mucho más cauteloso de cara a una eventual legalización de la MS: junto con los indiscutibles reparos éticos que suscita la MS, la sentencia Paradiso cuestiona, sin anular, algunos de los fundamentos principales de los casos Labassée y Menneson, y se aproxima mucho más a los presupuestos sentados por nuestro TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014.

[1] Resolución A 2-372/88, de 16 de marzo de 1989, n. 11: acordó la prohibición de toda forma de maternidad bajo comisión, instando a que se declarase punible la mediación comercial, y las campañas que promueven tal actividad.

[2] <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0344+0+DOC+PDF+V0//ES>

[3] <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=6355&lang=2&cat=8>

[4] <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en>

[5] Asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassée c/Francia) de 26 de junio de 2014., Vid. Texto sentencia en <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4804614-5854905>

[6] <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3927-justicia-se-compromete-a-adecuar-la-legislacion-para-facilitar-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-los-ninos-nacidos-de-039;vientres-de-alquiler039/>

[7] Demanda nº 25358/12 de 27 de enero de 2015.