

Jurisprudencia / Case Law Notes

Las sentencias de 27 de enero de 2015 y de 24 de enero de 2017 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Paradiso y Campanelli contra Italia” y la vulneración del derecho a la vida privada y familiar en materia de gestación subrogada*

Profa. Dra. Silvia Vilar González

Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado en la Universidad “Jaume I” (Castellón de la Plana, España)

Sumario / Summary: 1. Breve referencia a la situación legal italiana en torno a la gestación por sustitución. 2. Las circunstancias del caso “Paradiso y Campanelli contra Italia”. 3. La sentencia de 27 de enero de 2015 dictada por la Sección Segunda del TEDH. 4. El cambio de sentido operado por la sentencia de la Gran Sala de 24 de enero de 2017. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Resumen / Abstract: En el presente trabajo estudiaremos el cambio de tendencia operado por la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de enero de 2017, en el caso “Paradiso y Campanelli contra Italia”, con respecto a la dictada por la Sección Segunda del mencionado Tribunal en el 2015. En dichos fallos, como veremos, la cuestión principal radica en considerar la existencia

* Artículo recibido el 5 de agosto de 2017 y aceptado para su publicación el 9 de septiembre de 2017. DOI 10.14679/1076.

de una posible vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo al derecho a la vida privada y familiar, por las medidas adoptadas por las autoridades italianas con respecto al niño, que supusieron que el mismo acabase siendo arrebatado permanentemente de sus padres intencionales.

This dissertation deals with the change in trend occurred as a result of the judgment of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, dated 24th January 2017, in the case of "Paradiso and Campanelli versus Italy", with regard to the previous one delivered by the Second Section of the Court in the 2015. In such judgments, as we will see, the main question lies in considering a possible infringement of the article 8 of the European Convention on Human Rights, on the right to private and family life, because of the measures taken by Italian authorities in respect of the child, which resulted in the latter's permanent removal of the minor from his intended parents.

Palabras clave / Keywords:

Gestación por sustitución / Paradiso y Campanelli / Derecho a la vida privada y familiar / Interés superior del menor / Orden público internacional.

Surrogacy / Paradiso and Campanelli / Right to a private and family life / Best interests of the child / International Public Order.

1. Breve referencia a la situación legal italiana en torno a la gestación por sustitución

Antes de entrar en el estudio de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo "TEDH") en el caso "Paradiso y Campanelli contra Italia", consideramos necesario abordar la situación legal existente en torno a la gestación por sustitución en dicho país.

Así, partimos de una completa prohibición de esta modalidad de reproducción asistida y de la existencia de un vacío legal con respecto a las consecuencias legales de los acuerdos de subrogación que pudieran tener lugar en el extranjero.

El artículo 12.6 de la Ley italiana nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médicamente asistida¹, prohíbe que se

¹ Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de Procreación Médicamente Asistida.

pueda llevar a cabo cualquier acuerdo de gestación por sustitución², tanto los del tipo tradicional o gestacional³, como los altruistas y los comerciales⁴.

Dicho artículo establece penas de prisión de entre tres meses y dos años, así como multas de entre seiscientos mil hasta un millón de euros, para cualquiera que produzca, intermedie o anuncie la venta de gametos o embriones, o también acuerdos de gestación por sustitución. De la mencionada redacción se desprende que las referidas sanciones podrán ser de aplicación, no solo a los profesionales que intervienen en el acuerdo, sino también a los padres intencionales y a la gestante⁵.

Asimismo, el artículo 4.3 de la mencionada Ley 40/2004, continúa prohibiendo la fecundación heteróloga, por lo que los ciudadanos italianos aquejados de esterilidad no podrán recurrir a donantes de gametos ajenos a la propia pareja⁶.

Por lo que respecta a la determinación de la filiación, el artículo 269 del Código Civil italiano⁷ contiene una presunción de maternidad en favor de la mujer que da a luz, presunción que no se rebate ni contraria en ningún otro texto legal de dicho país⁸.

Con respecto al padre, el artículo 231 del mismo cuerpo legal establece una presunción de paternidad de los hijos concebidos durante el matrimonio a favor del marido. No obstante, para el caso de que el padre genético no estuviera casado con la gestante, una mera declaración de reconoci-

² AMOROSI, V., "6.6. Italy", *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, BRUNET, Laurence (Dir.), *European Parliament, European Union*, 2013, p. 294.

³ La diferencia entre los acuerdos de subrogación tradicional frente a los gestacionales estriba en la persona que aporta los gametos femeninos para la fecundación. Así, en la variante tradicional será la propia gestante quien aportará sus propios gametos y estará, por tanto, vinculada genéticamente con el menor que nacerá como consecuencia del acuerdo, mientras que en la modalidad gestacional el material genético procederá, o bien de la madre intencional, o bien de una donante de ovocitos.

⁴ La diferencia entre estas dos modalidades estriba en el hecho de que exista o no una contraprestación económica a favor de la gestante, más allá de los gastos necesarios en que pudiera incurrir como consecuencia de la gestación, en su caso.

⁵ ZACCARIA, A., *Comentario breve al Diritto della famiglia*, CEDAM-Wolters Kluwer, Milán, Italia, 2011, pp. 1828-1834.

⁶ FARNÓS AMORÓS, E., "European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 3, 2010, pp. 8-9. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf [Última consulta: 29 de junio de 2017].

⁷ Código Civil italiano, aprobado por el R.D. nº. 262, de 16 marzo 1942.

⁸ AMOROSI, V., "6.6. Italy...", *op. cit.*, p. 296.

miento del menor podrá conferirle todos los derechos derivados de la paternidad del niño. Esta presunción podría operar, por tanto, en el ámbito de la gestación subrogada con respecto del padre intencional, siempre y cuando el padre intencional hubiera proporcionado sus propios gametos para la fecundación⁹.

Si ninguno de los comitentes hubiera aportado sus gametos, conforme a la legislación italiana, tan solo podrían proceder por la vía de la adopción del niño, cuyo procedimiento regula la Ley n^o 184, de 4 de mayo de 1983, sobre el derecho del menor a una familia¹⁰. Dicha Ley no requiere de la existencia de conexión genética entre los adoptantes y el adoptado, pero sí que los adoptantes estén casados entre sí¹¹.

Con respecto a la jurisprudencia italiana en la materia, dada la prohibición existente dentro de sus fronteras, la mayoría de sentencias que encontramos son relativas a acuerdos transfronterizos de gestación subrogada¹².

2. Las circunstancias del caso “Paradiso y Campanelli contra Italia”

En este supuesto, el matrimonio formado por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, ambos residentes en Colletorto (Italia), tras los infructuosos intentos de la esposa para quedarse embarazada mediante técnicas de reproducción asistida y al no poder adoptar conforme a la legislación italiana debido a la edad del matrimonio, optaron por suscribir un acuerdo de gestación subrogada con una clínica sita en Moscú (Rusia)¹³, a la que abonaron la suma de 49.000 euros por los servicios contratados¹⁴.

⁹ *Ibid.*, p. 297.

¹⁰ Ley Núm. 184, de 4 de mayo de 1983, sobre el Derecho del menor a una familia.

¹¹ Asimismo, tan solo se permite la posibilidad de adoptar a personas individuales: a) si el cónyuge se ha separado o enviudado durante el proceso de adopción; b) si el cónyuge desea adoptar al hijo de su consorte; o c) si el adoptante está relacionado familiarmente con el adoptado.

¹² Como la sentencia del Tribunal de lo Civil de segunda instancia de Bari, de fecha 13 de febrero de 2009, en que un matrimonio formado por un esposo británico y una esposa italiana, suscribieron dos acuerdos de gestación por sustitución en Reino Unido, y la madre intencional pretendía y obtuvo el reconocimiento legal a su favor de la filiación de los dos niños nacidos a través de dicha técnica. O la sentencia dictada por el Tribunal de lo Civil de primera instancia de Nápoles, de fecha 1 de julio de 2011, en que un padre intencional con vinculación genética con los dos niños nacidos a través de un acuerdo de gestación subrogada en Colorado (EEUU), pretendía y también obtuvo el reconocimiento de su paternidad legal de los menores. AMOROSI, V., “6.6. Italy...”, *op. cit.*, pp. 298- 299.

¹³ ANRO, I., “Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia di fronte alla Grande Chambre della Corte EDU”, *Eurojus.it Rivista*, 2015. Disponible en: <http://rivista.eurojus.it/il->

Tras implantarse dos embriones a la gestante subrogada el día 19 de junio de 2010, nació un bebé en el mes de febrero del año 2011. El niño, conforme a la legislación rusa y tras haber renunciado la gestante a los derechos derivados de la filiación materna, fue inscrito como hijo de los padres intencionales, sin hacer ninguna mención al acuerdo de gestación subrogada en la inscripción.

El Consulado de Italia en Moscú, entregó los documentos que permitían al niño viajar a Italia, pero a su llegada al municipio de residencia, el señor Campanelli intentó sin éxito inscribir niño ante la autoridad competente, ya que la mencionada oficina consular había informado al Tribunal de Menores correspondiente, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades de Colletorto, de que existía información falsa en el expediente sobre el nacimiento del niño.

Por todo ello, el 5 de mayo de 2011 el matrimonio Paradiso y Campanelli fue acusado por las autoridades italianas de tergiversación del estado civil y de violación de la legislación italiana en materia de adopción.

Al mismo tiempo, la Fiscalía del Tribunal de Menores de Campobasso solicitó la apertura de un procedimiento para dar al niño en adopción, puesto que conforme a la legislación italiana, se encontraba en estado de abandono¹⁵.

A diferencia de lo que sucedía en los fallos *Menesson*¹⁶ y *Labassee*¹⁷ contra Francia, de 26 de junio de 2014, en el presente supuesto quedó acreditado, tras llevar a cabo una prueba de ADN, que el niño carecía de vinculación genética con ninguno de los padres intencionales¹⁸. Sin embargo, este extremo es controvertido, ya que los padres intencionales aseguraban que los gametos masculinos empleados para la fecundación procedían del señor Campanelli y que, a dichos efectos, se trasladaron las oportunas muestras de gametos del mismo desde Italia hasta Rusia. No

caso-paradiso-e-campanelli-c-italia-di-fronte-alla-grande-chambre-della-corte-edu/ [Última consulta: 29 de junio de 2017].

¹⁴ BEAUMONT, Paul R. / TRIMMINGS, K., "The European Court of...", *op. cit.*, p. 1.

¹⁵ GARAU SOBRINO, F., "El TEDH exige tener en cuenta el interés superior del niño nacido mediante un acuerdo de gestación por sustitución en el extranjero", *Conflictus Legum*, 2015. Disponible en: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/02/el-tedh-exige-tener-en-cuenta-el.html> [Última consulta: 29 de junio de 2017].

¹⁶ *Case of Menesson v. France (Application no. 65192/11)*, 26 June 2014. *European Court of Human Rights (Fifth Section)*.

¹⁷ *Case of Labassee v. France (Application no. 65941/11)*, 26 June 2014. *European Court of Human Rights (Fifth Section)*.

¹⁸ FARNÓS AMORÓS, E., "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho", *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 40, 2017, p. 233.

obstante, las pruebas de ADN que se practicaron a los efectos de comprobar dichas manifestaciones arrojaron un resultado negativo, por lo que el matrimonio formado por los señores Paradiso y Campanelli pidió explicaciones a la clínica moscovita donde se llevó a cabo el proceso de subrogación, cuyos responsables quedaron sorprendidos y alegaron que debía tratarse de un error.

La falta de vinculación genética, unida al comportamiento contrario a la legislación italiana, llevó a que en agosto de 2011 el Tribunal de Menores sometiera al menor a tutela, no permitiendo a los padres intencionales mantener ningún contacto con él, ni informándoseles de en qué hogar de acogida se encontraba.

Unos meses más tarde, en enero de 2013, se entregó al niño a unos padres de adopción, inscribiéndose la filiación a favor de los mismos en el mes de abril del mismo año, y figurando en el nuevo certificado de nacimiento del menor que había nacido de padres desconocidos.

En el mismo mes de abril de 2013, pese a alegar los padres intencionales que habían actuado de buena fe, se confirmó la negativa de la inscripción del acta de nacimiento rusa por ser contraria al orden público italiano y por la inexactitud del contenido de la certificación, al no existir relación genética entre el niño y los comitentes, declarándose en junio de 2013 por el Tribunal de Menores que los solicitantes carecían de capacidad para actuar en el procedimiento de adopción que habían iniciado, al no tener consideración de padres, ni tampoco de familiares del niño.

3. La sentencia de 27 de enero de 2015 dictada por la Sección Segunda del TEDH¹⁹

Ante la mencionada situación, los señores Paradiso y Campanelli interpusieron un recurso ante el TEDH, en su propio nombre y en representación del niño, contra el rechazo de las autoridades italianas con respecto a la inscripción del certificado de nacimiento del menor, contra las medidas adoptadas por dichas autoridades por considerarlas incompatibles con el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁰ (en lo sucesivo "CEDH").

Como consecuencia del recurso, el TEDH dictó sentencia a través de su Sección Segunda el día 27 de enero de 2015, en la que no entró a valorar sobre la legitimidad del rechazo de inscripción del certificado de

¹⁹ *Application no. 25358/12. Case of Paradiso and Campanelli v. Italy. European Court of Human Rights (Second Section). 27 January 2015.*

²⁰ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

nacimiento del menor, puesto que consideró que los recurrentes no habían agotado previamente los recursos jurisdiccionales italianos internos, al no haber interpuesto recurso de apelación ante la Corte de Casación de dicho país, ni tampoco aceptó que los comitentes representaran al menor en el proceso, al carecer de vinculación genética por el mismo.

No obstante, el alto Tribunal sí abordó expresamente el modo en que el niño fue arrebatado de sus padres intencionales y su colocación bajo tutela²¹, y si se podía haber cometido una vulneración del derecho a la vida privada y familiar contemplado en el artículo 8 del CEDH.

A dicho respecto, el alto Tribunal, por cinco votos contra dos, daba la razón a los comitentes frente al Gobierno italiano y estimaba que las autoridades de dicho país no habían prestado el suficiente peso al interés superior del niño cuando lo ponderaron con el orden público internacional italiano²², puesto que no concurrían las condiciones que justifican la remoción del niño.

Así, en una sociedad democrática solamente se puede justificar una injerencia en la vida privada y familiar en atención al parámetro fundamental del interés superior del menor, que exige que los lazos familiares solo se corten ante circunstancias muy excepcionales y extremas, como casos de violencia, malos tratos, abuso sexual, peligro para la vida, la salud o inestabilidad psicológica de los padres, ninguna de las cuales concurrían en el presente supuesto a juicio del Tribunal, debiéndose hacer todo lo posible, siempre y cuando fuera apropiado, para “reconstruir” la familia²³.

²¹ PUPPINCK, G. / LA HOUGUE, C., “Paradiso and Campanelli v Italy: The ECHR Validates the Sale of a Child through Surrogacy”, *Revue Lamy Droit Civil (RLDC)*, Núm. 126, 2015, pp. 41-45.

²² En opinión de GARCÍA SAN JOSÉ, las consideraciones de orden público deben ceder frente a los derechos del menor, cuando, “por muy legítimas que sean, inciden de manera injustificada en su normal desarrollo como persona”. GARCÍA SAN JOSÉ, D., “Epigenética y gestación por sustitución: más razones a favor de una regulación internacional para un negocio global”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol.17, 2017, p. 358. Sin embargo, FERACI considera que el control llevado a cabo por el TEDH en torno a la ponderación del orden público frente al interés superior del menor, puede suponer dos riesgos: en primer lugar, que el TEDH pueda llegar a convertirse a dichos efectos “un juzgador de cuarta instancia”; y, en segundo lugar, que dicho Tribunal con sus decisiones pueda llegar a neutralizar las políticas legislativas nacionales en materia de gestación por sustitución. FERACI, O., “Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: riflessioni a margine della stenza Paradiso e Campanelli c. Italia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Núm. 2, Vol. 7, octubre 2015, p. 439.

²³ LAMM, E., “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, 2016, pp. 101-103.

El Tribunal consideró que la relación familiar que había existido *de facto* durante los seis meses que pasó el niño en compañía de sus padres de intención, que habían actuado en todo momento como tales, había cubierto etapas importantes en la vida del menor, lo que debería haberse tenido en cuenta por el Estado, independientemente de la vinculación de parentesco, biológica u otra. Por tanto, debería haberse respetado la vida familiar derivada de la voluntad procreacional, así como, por encima de todo, el interés superior del niño, al que durante los más de dos años en que permaneció bajo tutela, se le privó de una identidad, lo que le situó en una clara situación de vulnerabilidad.

Por todo ello, el TEDH apreció en su sentencia el perjuicio ocasionado a los comitentes y que se había producido una violación del artículo 8 del CEDH²⁴, por lo que condenó a Italia a compensar económicamente al matrimonio Paradiso y Campanelli por los daños que se les había ocasionado material e inmaterialmente²⁵. No obstante, estableció expresamente que era necesario también tener en cuenta los lazos emocionales que el menor indudablemente debía haber desarrollado con respecto a la familia adoptiva con la que llevaba conviviendo desde el año 2013, por lo que no correspondía entender el fallo en el sentido de que el Estado italiano debía devolver el niño a los padres intencionales²⁶.

4. El cambio de sentido operado por la sentencia de la Gran Sala de 24 de enero de 2017²⁷

El Gobierno italiano, no contento con el fallo, planteó un recurso²⁸ para que la Gran Sala del TEDH, una vez reexaminado el caso, volviera a dictar

²⁴ Los jueces disidentes del fallo mayoritario consideraron que no se había producido una violación del artículo 8 del CEDH, dado que la injerencia que habían llevado a cabo las autoridades italianas “estaba prevista por la ley, perseguía un fin legítimo y era necesaria en una sociedad democrática”. Además, no consideran desproporcionadas las medidas adoptadas ya que, pese a que no se preciosa de un lazo genético para que exista una vida familiar *de facto*, se debe tener en cuenta la existencia de una ilegalidad en el origen de dicha vida familiar. MONTERONI, J., “Paradiso, Campanelli” y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Prudentia Iuris*, Núm. 80, 2015, p. 276.

²⁵ La condena a Italia ascendía a la suma de 20.000 euros, que debía pagar a los comitentes en atención al daño moral que se les había ocasionado.

²⁶ *European Court of Human Rights*, “Questions and Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment (27 January 2015)”, 2015, p. 3. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf [Última consulta: 29 de junio de 2017].

²⁷ *Application no. 25358/12. Case of Paradiso and Campanelli v. Italy. European Court of Human Rights (Grand Chamber). 24 January 2017.*

sentencia, como así lo hizo el 24 de enero de 2017²⁹, poniendo con ello punto y final a este asunto³⁰.

Las cuestiones jurídicas centrales del caso radicaban, a criterio de la Gran Sala: en primer lugar, en determinar si efectivamente había existido vida familiar *de facto* entre los comitentes y el menor y era de aplicación, por tanto, el artículo 8 del CEDH; en segundo lugar, si las medidas adoptadas por las autoridades italianas que dieron lugar a la remoción del niño con respecto de sus padres intencionales habían constituido una injerencia ilegítima en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y privada; y, en tercer y último lugar, si las medidas adoptadas fueron conformes a lo dispuesto en el artículo 8.2 del CEDH³¹, que tal y como hemos apuntado anteriormente, tan solo permite que las autoridades públicas puedan inmiscuirse en el derecho a la vida privada y familiar, cuando dicha intromisión estuviese prevista en la ley y, al mismo tiempo, “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”³².

Con respecto al primero de los aspectos, la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo, centrándose únicamente en que los padres intencionales no eran padres legales ni genéticos del menor³³ y teniendo en cuenta las dificultades que la especial situación planteaba³⁴, cambió de criterio y terminó

²⁸ Recurso que cabe plantear por cualquiera de las partes del asunto, en un plazo de tres meses a contar desde la sentencia dictada por una de las Secciones del TEDH, tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 43 del CEDH.

²⁹ Nada más y nada menos que dos años después del anterior fallo, lo que supone para algunos autores un lamentable retraso excesivo. BEAUMONT, Paul R. / TRIMMINGS, K., “The European Court of Human Rights in Paradiso and Campanelli v. Italy and the way forward for regulating cross-border surrogacy”, *Working Papers series 2017*, No. 3, 2017, p. 7. Disponible en: http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf [Última consulta: 29 de junio de 2017].

³⁰ FARNÓS AMORÓS, E., “Paradiso y Campanelli c. Italia...”, *op. cit.*, p. 233.

³¹ MARFIL, J., “Simulación de maternidad subrogada: consecuencias”, *El Derecho*, 2017. Disponible en: http://www.elderecho.com/contenido_juridico/jurisprudencia/gestacion_subrogada-maternidad_subrogada-vientre_de_alquiler-TEDH_11_105943_0003.html [Última consulta: 29 de junio de 2017].

³² Art. 8.2 CEDH.

³³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *et. ál.*, “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Paradiso y Campanelli c. Italia”, *La Ley*, Núm. 49, 2017, pp. 8-9.

³⁴ LAMM, E., “Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución”, *Gaceta Sanitaria*, 2017, p. 2. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2017.04.009> [Última consulta: 29 de junio de 2017].

reconociendo en esta nueva sentencia, por once votos contra seis, que no se había producido violación del referido artículo 8 del CEDH al no existir vinculación genética entre los comitentes y el niño, así como que los escasos seis meses en que el menor estuvo en compañía de sus padres intencionales no podían llevar a considerar que había existido una vida familiar *de facto* entre los recurrentes y el niño. Pese al cambio de criterio, la sentencia parece seguir siendo coherente con la doctrina del TEDH, que a la hora de determinar la existencia o no de vida familiar estima necesario considerar el caso concreto y entrar a valorar de forma conjunta determinados aspectos, como pueden ser, entre otros, la convivencia, la naturaleza y duración de la relación afectiva, el grado de compromiso o la existencia de intereses comunes entre las partes³⁵.

Con respecto a la segunda de las cuestiones y habiéndose descartado la existencia de vida familiar entre los padres intencionales y el menor, el TEDH estimó que el Gobierno italiano sí estaba legitimado para retirarles su custodia y para las medidas que adoptaron sus autoridades. Así, habida cuenta de que la gestación por sustitución está prohibida expresamente en Italia, si se hubiera permitido que el menor se quedara en compañía de sus padres de intención, convirtiéndoles, probablemente en padres adoptivos del mismo, ello hubiera supuesto la legalización de una situación que contraviene importantes normas de Derecho italiano.

Es más, tolerar situaciones como la creada en el presente supuesto por el matrimonio Paradiso y Campanelli, podría llegar a convertir las legislaciones nacionales en normas de carácter meramente simbólico y vacías de contenido, lo que justifica la necesidad de que las autoridades nacionales velen en cualquier caso por el cumplimiento *ex ante* de las normas de forma preventiva³⁶.

Y, por último, en relación con el tercer aspecto, teniendo en cuenta la transgresión llevada a cabo por los demandantes con respecto a la Ley de adopción italiana y el hecho de recurrir en el extranjero a métodos de reproducción asistida prohibidos en dicho país, el alto Tribunal consideró suficientes y proporcionadas las medidas adoptadas³⁷.

Asimismo, resaltó que corresponde al Estado establecer las oportunas relaciones de filiación entre los progenitores y sus hijos, relaciones que conforme a la legislación italiana no son de aplicación en el presente su-

³⁵ Estimándose, además, la existencia o no de vida personal y familiar como "una *cuestión de hecho* que depende de la existencia real y efectiva de relaciones personales cercanas, más allá y por encima de la genética o de la mera convivencia". FARNÓS AMORÓS, E., "Paradiso y Campanelli c. Italia...", *op. cit.*, p. 236.

³⁶ *Ibid.*, p. 239.

³⁷ MARFIL, J., "Simulación de maternidad...", *op. cit.*

puesto al no concurrir ni siquiera un vínculo biológico que justifique su establecimiento.

Esta sentencia no supone una modificación en la doctrina del TEDH en materia de subrogación fijada en los fallos de los casos MENNESSON y LABASSEE contra Francia del año 2014³⁸, que consideraron válido “el reconocimiento de la filiación legalmente establecida en país extranjero por sentencia judicial, incluso si deriva de un convenio de gestación por sustitución”³⁹ ni puede interpretarse como un rechazo del alto Tribunal hacia una legalización de esta figura⁴⁰, ya que en el presente supuesto y a diferencia de los anteriores, el TEDH en ningún momento se pronuncia a favor ni en contra del reconocimiento en Italia del vínculo de filiación legalmente establecido en Rusia con respecto al niño⁴¹.

No obstante, es necesario mencionar las tres opiniones concurrentes que acompañan a la sentencia⁴², formuladas por distintos magistrados que se posicionan claramente en contra de la gestación por sustitución y que constituyen una severa crítica de esta figura⁴³. En este contexto, con respecto a la mujer gestante asumen que su consentimiento “nunca puede ser

³⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J., “¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten?: a propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017”, *Diario La Ley*, Núm. 8953, Vol. 2, 2016, p. 1.

³⁹ GARAU SOBRINO, F., “¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución?”, *Conflictus Legum*, 2017. Disponible en: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2017/04/bibliografia-ha-variado-el-tedh-su.html> [Última consulta: 29 de junio de 2017].

⁴⁰ DIEZ, J.A., “Perspectivas de la “maternidad subrogada” en España: la incidencia de la sentencia de Estrasburgo en el “caso Paradiso” (continuación)». *Unir Revista*, 2017, p. 3. Disponible en: <http://www.unir.net/derecho/revista/noticias/perspectivas-de-la-maternidad-subrogada-en-espana-la-incidencia-de-la-sentencia-de-estrasburgo-en-el-caso-paradiso-continuacion/549201645271/> [Última consulta: 29 de junio de 2017].

⁴¹ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Núm. 2, Vol. 7, octubre 2015, p. 96.

⁴² La primera de ellas formulada por el juez RAIMONDI, la segunda efectuada de forma conjunta por los jueces GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK y DEDOV, y la tercera llevada a cabo de forma particular por el juez DEDOV.

⁴³ Siendo especialmente agresivas, las formuladas por GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK y DEDOV. ALBERT, M., “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Bioética*, Núm. 28, Vol. 2, 2017, p. 184.

libre ni informado”, o la presentan como “una mujer con pocos recursos, de un país subdesarrollado y que gesta para personas “ricas y glamorosas”⁴⁴.

Sin embargo, como acertadamente afirma Eleanora LAMM no se puede olvidar que “como personas y mujeres, existe de forma básica y fundamental un derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo y a tomar decisiones al respecto” y que “entender que la gestación por sustitución implica siempre una explotación de las mujeres es un reduccionismo paternalista que subestima a la mujer y a su capacidad de consentir”⁴⁵. Al mismo tiempo, “asumir, *per se*, que la gestación por sustitución, (...), contraviene derechos humanos fundamentales, en perjuicio de todos los participantes en el proceso, prescinde de analizar el caso concreto y todos los intereses en juego”⁴⁶.

En definitiva, no reconocer que la sociedad y la realidad avanzan más rápido que el derecho, negándose a implementar jurídicamente una adecuada regulación de las necesidades que vayan surgiendo y de los cambios que acontecen, no supone prestar una mayor protección a las personas que intervienen en estos procesos y, mucho menos en el caso de la gestación subrogada, cuya desregulación genera numerosos problemas o conflictos⁴⁷, fomenta su práctica de modo clandestino dentro de nuestro territorio nacional⁴⁸, o lleva a que las personas que desean acceder a la paternidad tengan que recurrir a países extranjeros donde es más fácil que se cometan abusos y proliferen mafias o mercados negros.

Mencionaremos también la opinión conjunta formulada por los seis jueces disidentes⁴⁹ con respecto del fallo, todos los cuales consideran, a diferencia del Tribunal, que la no existencia de conexión genética entre los comitentes y el menor, así como el breve periodo de tiempo en que el niño

⁴⁴ FARNÓS AMORÓS, E., “Paradiso y Campanelli c. Italia...”, *op. cit.*, p. 235.

⁴⁵ LAMM, E., “Argumentos para la necesaria...”, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁶ FARNÓS AMORÓS, E., “Paradiso y Campanelli c. Italia...”, *op. cit.*, p. 235.

⁴⁷ Como la existencia de niños apátridas, el recurso ilegal a la adopción o las falsedades de identidad, entre otros. LAMM, E., “Argumentos para la necesaria...”, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁸ Habiéndose podido constatar que la práctica de la gestación por sustitución se lleva a cabo en España tal y como pudo comprobarse con la “operación Princesita”, que en el mes de noviembre de 2016 concluyó con la detención en Andalucía de tres personas, la gestante y los dos padres intencionales de una niña por, como se dijo en prensa, “intentar venderla” a cambio de 10.000 euros. Véase la nota de prensa “La Guardia Civil detiene a tres personas por la venta de una recién nacida de 3 días”. Guardia Civil. Ministerio del Interior, 2016. Disponible en: <http://www.guardiacivil.es/va/prensa/noticias/6019.html> [Última consulta: 27 de junio de 2017].

⁴⁹ Que son los jueces LAZAROVA, TRAJKOVSKA, BIANKU, LAFFRANQUE, LEMMENS y GROZEV.

permaneció en compañía de aquéllos, no basta para denegar la existencia de una verdadera vida familiar *de facto*, que además había sido inicialmente creada en el extranjero y reconocida y formalizada por el consulado italiano en Moscú⁵⁰.

Finalmente y pese a que el TEDH eludió posicionarse de forma abierta sobre el problema de fondo, esto es, sobre la validez del contrato de gestación por sustitución⁵¹, la sentencia del año 2017 contiene elementos disuasorios claros dirigidos a los ciudadanos de los distintos Estados miembros de la Unión Europea que cuenten con legislaciones no permisivas con respecto a la materia que nos ocupa, como sucede en el caso de Italia o de España⁵².

Ello hace cada vez más necesaria la adopción de una postura comunitaria global en torno a la gestación subrogada, que aporte un alto grado de previsibilidad y mayor seguridad jurídica a todas las partes intervinientes en los acuerdos de subrogación, y que trate de salvaguardar primordialmente el interés superior del menor que, en definitiva, no deja de ser la parte más débil del proceso.

5. Conclusiones

Las sentencias estudiadas vuelven a mostrar la problemática que gira en torno a la gestación por sustitución.

En cuanto al presente supuesto, pese a que el fallo del TEDH del año 2017 hace especial hincapié en el derecho a la vida privada y familiar, es necesario resaltar que, si al menos uno de los progenitores intencionales hubiera tenido vinculación genética con el menor nacido como consecuencia del acuerdo, las presunciones legales italianas que rigen en materia de determinación de la paternidad, hubieran permitido al padre intencional –y a su vez genético– asegurarse el establecimiento de la filiación del niño con una mera declaración de reconocimiento del mismo.

Es necesario reconocer que la gestación subrogada es una realidad en aumento y que prohibirla o mirar hacia otro lado en ningún caso suponen la mejor opción, ni evitan que la misma se lleve a cabo.

⁵⁰ FARNÓS AMORÓS, E., “Paradiso y Campanelli c. Italia...”, *op. cit.*, p. 239.

⁵¹ Limitándose a considerar la cuestión central que radicaba en “la admisibilidad de las medidas adoptadas por las autoridades italianas, que dieron lugar a la separación permanente del niño y de los demandantes, quienes no tenían vínculo biológico alguno con aquél”. GARAU SOBRINO, F., “¿Ha variado el TEDH...”, *op. cit.*

⁵² FARNÓS AMORÓS, E., “Paradiso y Campanelli c. Italia...”, *op. cit.*, p. 239.

No basta con establecer respuestas parciales y difusas en la materia, como la existencia en Derecho español de mecanismos que habilitan la inscripción en el Registro Civil de los nacidos en el extranjero a través de esta técnica, pero que no permiten que la misma se lleve a cabo dentro de nuestras propias fronteras. Tampoco es suficiente con dejar en manos de jueces y tribunales la posibilidad de otorgar respuestas concretas a situaciones controvertidas de este calado ante hechos consumados. Todo ello tan solo diluye, en parte, la situación de gran inseguridad jurídica, pero no solventa por completo el problema y genera, además, un sistema no equitativo con respecto a las personas que no se pueden permitir acudir a países extranjeros para convertirse en padres por esta vía.

Aprobar un instrumento multilateral consensuado en la materia supondría la solución más garantista. Pero dado que ello sería sumamente complicado por las múltiples connotaciones del orden jurídico, bioético y moral que su práctica conlleva, al menos sí convendría que España, al igual que han hecho otros países europeos como Reino Unido, Portugal o Grecia, estableciera una adecuada regulación favorable en la materia, fijando de forma clara y sosegada los parámetros concretos por los que su práctica deberá discurrir, lo que permitiría proteger de forma adecuada el interés superior del menor que debe ser prioritario en el proceso, y proporcionaría mayor seguridad a las partes al poder conocer de antemano la situación legal a la que se enfrentan y las respuestas que el ordenamiento jurídico otorga a las acciones que pudieran llevar a cabo.

Todo ello ayudaría a disminuir, e incluso eliminar, la práctica del turismo reproductivo y los múltiples abusos y problemas que éste lleva aparejados y otorgaría mayor grado de previsibilidad y seguridad jurídica a todas las partes intervinientes en los procesos de gestación por sustitución.

6. Bibliografía

- ALBERT, M., "La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución", *Cuadernos de Bioética*, Núm. 28, Vol. 2, 2017.
- AMOROSI, V., "6.6. Italy", *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, BRUNET, Laurence (Dir.), *European Parliament, European Union*, 2013.
- ANRO, I., "Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia di fronte alla Grande Chambre della Corte EDU", *Eurojus.it Rivista*, 2015.
- BEAUMONT, Paul R. / TRIMMINGS, K., "The European Court of Human Rights in Paradiso and Campanelli v. Italy and the way forward for regulating cross-border surrogacy", *Working Papers series 2017*, No. 3, 2017.
- CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Núm. 2, Vol. 7, octubre 2015.

LAS SENTENCIAS DE 27 DE ENERO DE 2015 Y DE 24 DE ENERO DE 2017 DEL TRIBUNAL [...]

- DÍEZ, J.A., "Perspectivas de la "maternidad subrogada" en España: la incidencia de la sentencia de Estrasburgo en el 'caso Paradiso' (continuación)". *Unir Revista*, 2017.
- FARNÓS AMORÓS, E., "European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 3, 2010.
- FARNÓS AMORÓS, E., "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho", *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 40, 2017.
- FERACI, O., "Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: riflessioni a margine della stenza Paradiso e Campanelli c. Italia", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Núm. 2, Vol. 7, octubre 2015.
- GARAU SOBRINO, F., "El TEDH exige tener en cuenta el interés superior del niño nacido mediante un acuerdo de gestación por sustitución en el extranjero", *Conflictus Legum*, 2015.
- GARAU SOBRINO, F., "¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución?", *Conflictus Legum*, 2017.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D., "Epigenética y gestación por sustitución: más razones a favor de una regulación internacional para un negocio global", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol.17, 2017.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *et. al.*, "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Paradiso y Campanelli c. Italia", *La Ley*, Núm. 49, 2017.
- LAMM, E., "Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, 2016.
- LAMM, E., "Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución", *Gaceta Sanitaria*, 2017.
- MARFIL, J., "Simulación de maternidad subrogada: consecuencias", *El Derecho*, 2017.
- MONTERONI, J., "Paradiso, Campanelli" y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Prudentia Iuris*, Núm. 80, 2015.
- PUPPINCK, G. / LA HOUGUE, C., "Paradiso and Campanelli v Italy: The ECHR Validates the Sale of a Child through Surrogacy", *Revue Lamy Droit Civil (RLDC)*, Núm. 126, 2015.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., "¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten?: a propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017", *Diario La Ley*, Núm. 8953, Vol. 2, 2016.
- ZACCARIA, A., *Comentario breve al Diritto della famiglia*, CEDAM-Wolters Kluwer, Milán, Italia, 2011.