

## LA EVOLUCIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA TRANSFRONTERIZA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

*Lilla Garayova*

Profesora de Derecho Internacional  
Faculty of Law, Pan-European University. Eslovaquia

---

TITLE: *The Evolution of Crossborder Surrogacy in the Case Law of the European Court of Human Rights*

RESUMEN: En las dos últimas décadas, el turismo reproductivo ha pasado de ser una práctica de nicho a convertirse en un fenómeno cada vez más común, en virtud del cual las parejas infértiles se desplazan al extranjero para beneficiarse de tecnologías de reproducción asistida de las que no disponen en su país de origen, debido al restrictivo ordenamiento jurídico de su propio país. Naturalmente, esto conlleva las consiguientes complicaciones morales, éticas y jurídicas, así como inseguridad jurídica, especialmente en lo que se refiere al reconocimiento legal de la filiación. Podemos encontrar enfoques muy diversos de la maternidad subrogada en todo el mundo, desde regímenes legales prohibitivos a permisivos y no reguladores, con multitud de enfoques de la maternidad subrogada comercial y altruista dentro de estas categorías. Incluso en Europa, una región construida sobre valores compartidos y enfoques comunes de los derechos humanos fundamentales, la gestación subrogada sigue siendo un territorio divergente. Los casos de gestación subrogada transfronteriza muestran un dilema muy complejo sobre el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico europeo, y merece la pena examinar si, con el aumento de los casos de gestación subrogada transfronteriza, será factible mantener legislaciones nacionales tan distintas en todos los Estados Partes del Convenio, o si el impacto de las decisiones del TEDH conducirá a normas unificadas de derechos humanos en relación con la gestación subrogada internacional. Mientras los teóricos debaten la viabilidad de un convenio internacional en este ámbito, los tribunales de todo el mundo tienen que enfrentarse a la cuestión de si deben reconocer un acuerdo que tiene lugar legalmente en otra jurisdicción, pero que es contrario a sus propias leyes. Este documento examinará la evolución en Europa del planteamiento de los acuerdos de maternidad subrogada en el extranjero, centrándose en particular en las recientes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su posible impacto en los enfoques legislativos nacionales.

ABSTRACT: *Over the past couple decades reproductive tourism has grown from a niche practice to an increasingly common phenomenon, whereby infertile couples go abroad to take advantage of assisted reproductive technologies not available to them in their country of origin, due to the restrictive legal order of their own country. This naturally leads to subsequent moral, ethical and legal complications and legal uncertainty, especially when it comes to the legal recognition of parentage. We can find very diverse approaches to surrogacy across the world, from prohibitive to permissive and non-regulating legal regimes with a multitude of approaches to commercial and altruistic surrogacy within these categories. Even across Europe, a region built on shared values and common approaches to fundamental human rights, surrogacy remains a divergent territory. Cross-border surrogacy cases demonstrate very complex dilemma of the European Court of Human Rights' role in the European legal order, and it bears examining whether with the rise of cross-border surrogacy cases, it will be feasible to maintain such distinct domestic legislations across State Parties to the Convention, or if the impact of the decisions of the ECtHR will lead to unified human rights standards regarding international surrogacy. While theoreticians debate the viability of an international convention in this area, courts around the world have to face whether to recognise an agreement that takes place legally in another jurisdiction, but which is contrary to their own laws. This paper will consider developments across Europe in the approach to foreign surrogacy*

*arrangements, in particular focusing on the recent decisions of the European Court of Human Rights and their potential impact on national legislative approaches.*

PALABRAS CLAVES: reproducción asistida, gestación subrogada, matrimonio, medicina reproductiva, maternidad subrogada

KEY WORDS: *assisted reproduction, gestational surrogacy, matrimony, reproductive medicine, surrogate motherhood*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. GESTACIÓN SUBROGADA: VISIÓN GENERAL. 3. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA TRASPASA FRONTERAS. 4. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La infertilidad es un grave problema que afecta a muchas parejas en el siglo XXI. Hasta hace poco, las parejas que se enfrentaban a problemas de infertilidad sólo podían decidir entre quedarse sin hijos o la adopción. Esto ha cambiado significativamente con el avance de las tecnologías de reproducción asistida. Ahora las parejas infértiles también pueden elegir entre la inseminación artificial, la fecundación in vitro o la maternidad subrogada. La maternidad subrogada en sí no es un concepto nuevo, de hecho ha formado parte de la historia de la humanidad desde tiempos inmemoriales y sigue dando que hablar en el siglo XXI. A pesar de su origen ancestral y su actualidad, la maternidad subrogada sigue siendo, en muchos sentidos, poco debatida e insuficientemente regulada.

Los recientes avances e investigaciones en el ámbito de la medicina reproductiva humana han dado lugar a un aumento continuo de los vientres de alquiler cada año, por lo que es primordial considerar las implicaciones morales, éticas y jurídicas de esta práctica. Una nueva faceta de la maternidad subrogada es su ejecución transfronteriza y la plétora de interrogantes que plantea. La globalización de la reproducción se ha convertido en un fenómeno cada vez más extendido en la escena internacional. Cada vez son más las parejas o individuos que deciden ir al extranjero para utilizar tecnologías de reproducción asistida para tener hijos. Generalmente, optan por cuatro países en los que existen condiciones más favorables para la maternidad subrogada, o en los que el marco jurídico nacional permite procedimientos de inseminación artificial que están prohibidos en su país de origen.

Algunas técnicas de reproducción asistida, como la donación de gametos, la fecundación in vitro o incluso la maternidad subrogada, están prohibidas en algunos Estados, mientras que en otros están permitidas. También hay que tener en cuenta que mientras algunos de los estados permisivos reservan la participación en estos

procedimientos reproductivos a sus propios ciudadanos, otros permiten que ciudadanos de otros estados también participen, lo que da lugar al turismo reproductivo.

## 2. GESTACIÓN SUBROGADA: VISIÓN GENERAL

La maternidad subrogada en sí es una relación jurídica increíblemente compleja, incluso sin el elemento transfronterizo. Las partes en una relación de este tipo también pueden enfrentarse a dificultades debidas a lagunas normativas, y éstas a menudo sólo salen a la luz después del nacimiento del niño. La ley debe responder de algún modo al fenómeno de la maternidad subrogada y a las posibilidades internacionales que han surgido en el marco de la gestación subrogada, pues de lo contrario las partes entablarán una relación jurídica que existirá en un vacío legal, con pocas posibilidades de éxito.

Dividir el mundo en países que permiten la gestación subrogada y países que no la permiten sería una forma fácil de analizar la gestación subrogada desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, la realidad es mucho más compleja: las leyes sobre gestación subrogada varían mucho de una jurisdicción a otra.

Desde una perspectiva global, es imposible encontrar fundamentos morales o jurídicos comparables entre países en este ámbito. Por ello, parece poco realista crear normas jurídicas comunes o avanzar en la unificación internacional generalizada de las leyes sustantivas o de las normas relativas al reconocimiento de los efectos de las leyes extranjeras. (MOSTOWIK 2016, p. 1061)

Al examinar la legislación sobre gestación subrogada por países, debemos tener en cuenta varios factores clave. En primer lugar, ¿están permitidos, son aplicables, están prohibidos o son nulos los contratos de gestación subrogada? ¿Puede un niño ser objeto de un contrato? ¿Distingue el país entre maternidad subrogada tradicional y gestacional? ¿Distingue la jurisdicción entre un contrato de maternidad subrogada comercial y una maternidad subrogada altruista (o no remunerada)? ¿Existe un proceso formalizado de reconocimiento de los futuros padres como padres legales (es decir, adopción después del nacimiento)?

La legislación nacional es increíblemente diversa en este ámbito. Hay Estados que prohíben, Estados que permiten y Estados que no regulan la cuestión de la gestación subrogada. Según los datos del Parlamento Europeo, la gestación subrogada está actualmente prohibida en Francia, Italia, Alemania, Suecia o Eslovenia. Está permitida,

por ejemplo, en los Países Bajos o Grecia. Por último, muchos países no la contemplan expresamente, como Hungría, Rumanía, Austria o Malta. Además, algunos países diferencian entre gestación subrogada tradicional y gestacional y permiten una, pero no la otra. Algunos países también imponen requisitos de ciudadanía a los padres comitentes y/o a las madres de alquiler, en un intento de frenar el turismo de fertilidad. Los Estados que regulan la gestación subrogada tienen que tener en cuenta una serie de consideraciones a la hora de redactar la legislación. Las más importantes a tener en cuenta son los intereses del feto, la cosificación del cuerpo humano o partes del mismo, las opiniones sobre la protección del embrión y las opiniones sobre el vínculo matrimonial, la planificación familiar y la reproducción humana. La legislación nacional, ya sea prohibitiva o permisiva, debe elaborarse sobre la base de varios intereses y derechos contrapuestos.

Por un lado, está el interés de los futuros padres por realizar su vida familiar -si no es posible por medios naturales- utilizando técnicas de reproducción asistida como la gestación subrogada. Por tanto, se ve afectada su libertad reproductiva, su derecho a una vida sana y su vida privada y familiar. Sin embargo, todos estos son derechos e intereses que pueden interpretarse en un sentido bastante amplio y sólo pueden entenderse en un contexto social determinado y teniendo en cuenta los derechos e intereses de los demás. (LAUFER-UKELES, 2013, p. 6)

Por otra parte, desde el punto de vista del niño, esta cuestión también afecta al derecho del niño a la vida familiar, a la relación paterno-filial, a la identidad genética y cultural y, como se establece en las leyes nacionales y los convenios internacionales, al interés superior del niño. Cuando se trata de los derechos del niño, hay que distinguir además entre los intereses y derechos del niño no nacido y del nacido.

Por último, también deben tenerse en cuenta los intereses de la madre subrogada, y la cuestión está quizá más estrechamente relacionada con su derecho a la intimidad. (TOBIN, 2014, p. 317) Sin embargo, esta cuestión es mucho más compleja de lo que podría parecer a primera vista, especialmente en un contexto internacional, ya que los servicios comerciales de maternidad subrogada se utilizan a menudo en países en desarrollo del tercer mundo, donde también hay importantes factores socioculturales que deben tenerse en cuenta.

Las grandes diferencias en el ordenamiento jurídico de los países de todo el mundo han contribuido sin duda a la práctica del turismo reproductivo. (STORROW, 2011, p. 538) Una prohibición de la gestación subrogada en la legislación nacional siempre llevará a los futuros padres a buscar otras opciones, contribuyendo así a la expansión de los

mercados extranjeros para estas prácticas. La maternidad subrogada transfronteriza suele darse en países donde no es posible la gestación subrogada porque está prohibida o no está regulada en absoluto - o si está permitida, la carga administrativa y financiera es simplemente demasiado ardua. En estos casos, los futuros padres viajan a otro país donde la gestación subrogada es legal, más fácil y más barata.

La maternidad subrogada transfronteriza es un fenómeno cada vez más frecuente, con constantes informes sobre decisiones legales de filiación en virtud de acuerdos internacionales de maternidad subrogada a nivel nacional e internacional, y con ello no sólo aumenta el número de litigios, sino también su complejidad.

### 3. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA TRASPASA FRONTERAS

Tal vez el primer caso que deba señalarse es el de S.H. y otros contra Austria (demanda nº 57813/00), que es una sentencia relativamente reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a dos matrimonios estériles que pretendían recurrir a la procreación médicamente asistida. El único medio por el que podían tener un hijo del que uno de ellos fuera el progenitor genético era la fecundación in vitro (FIV) mediante espermia de un donante (en el caso de la primera pareja) u óvulos (en el caso de la segunda pareja). Ambos métodos eran ilegales en virtud de la Ley austriaca de Procreación Artificial, que prohíbe el uso de espermia de donante para tratamientos de FIV y la donación de óvulos en general. Las parejas decidieron presentar un recurso ante el Tribunal Constitucional austriaco, que concluyó que la injerencia en su derecho a la vida familiar existía, pero era una injerencia justificada y necesaria para evitar la creación de "relaciones familiares inusuales" y la explotación de la mujer.

Acudieron entonces al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando en particular que las disposiciones de la Ley austriaca de Procreación Artificial que prohibían el uso de óvulos de donantes y espermia de donantes para la fecundación in vitro, las únicas técnicas médicas mediante las cuales podían concebir hijos con éxito violaban sus derechos en virtud del artículo 8 del Convenio, leído por sí solo y en conjunción con el artículo 14. Alegaron que Austria violaba su derecho al respeto de la vida privada y familiar en virtud del artículo 8 del Convenio y que la prohibición de la donación de óvulos también violaba la prohibición de discriminación en virtud del artículo 14, ya que mientras que algunas técnicas reproductivas, como la donación de espermia, estaban permitidas, otras técnicas reproductivas no lo estaban. En su decisión de 2011, el Tribunal dictaminó finalmente que la normativa era legal, pero las razones aducidas aportaron interesantes datos sobre las percepciones jurídicas y éticas de la inseminación artificial y el arraigo cultural de estas prácticas en los distintos países.

La sentencia abordaba la moralidad fundamental de la donación de gametos y el problema de la armonización jurídica en ámbitos de moralidad controvertida. (VAN HOOF, PENNING, 2012, p. 665) El Tribunal tuvo que decidir si limitaba el margen de apreciación indicando el contenido del derecho al respeto de la vida privada y familiar y si era posible determinar qué tecnologías de reproducción asistida debían o no permitirse por ley sin poner en peligro la soberanía estatal en la materia. El TEDH sostuvo que Austria podría haber concebido un marco jurídico diferente para regular la procreación artificial que hubiera permitido la donación de óvulos para lograr un mejor equilibrio entre los intereses en conflicto, sin embargo, en última instancia, no se ha producido ninguna violación del artículo 8 del Convenio.

Se estableció que tener hijos mediante técnicas de reproducción asistida formaba parte de la vida privada y familiar, pero no era un derecho absoluto. Si bien es cierto que, en opinión del Tribunal de Justicia, existe un amplio consenso entre los países europeos sobre la licitud de la donación de gametos, cada Estado miembro es libre de declarar inadmisibles determinadas técnicas de reproducción asistida. Queda a la discreción del Estado miembro declarar inadmisibles la donación de óvulos, y Austria ha aportado suficientes argumentos en su apoyo, a saber, que la prohibición de la donación de óvulos tenía por objeto evitar la duplicación de la maternidad, los riesgos potenciales de selección eugenésica, la posible explotación de mujeres en situación vulnerable como donantes de óvulos y la posible necesidad de influir en la composición genética de los futuros hijos. Desde entonces, Austria ha modificado su legislación y ha permitido la donación de óvulos en 2015. (Ley de medicina reproductiva (Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden (Fortpflanzungsmedizingesetz - FMedG) StF: BGBl. Nr. 275/1992)

El caso también era digno de mención porque el TEDH mencionaba la posibilidad de viajar a otro Estado miembro de la UE siguiendo un régimen permisivo, en contraste con el régimen restrictivo del Estado en cuestión, y por tanto, de hecho, la posibilidad de utilizar el llamado turismo reproductivo. Esta opción tampoco estaba excluida por la legislación austriaca. El Tribunal sostuvo que, aunque Austria tiene poderes discrecionales para prohibir, por ejemplo, la donación de óvulos, sus ciudadanos pueden evitar los efectos de esta medida simplemente recurriendo a ella en otro Estado miembro. El apartado 114 de la sentencia afirma que "(...) la legislación austriaca no prohíbe acudir al extranjero para someterse a un tratamiento de infertilidad que utilice técnicas de procreación artificial no permitidas en Austria y que, en caso de éxito del tratamiento, el Código Civil contiene normas claras sobre

paternidad y maternidad que respetan los deseos de los padres (véase, *mutatis mutandis*, A, B y C contra Irlanda, citada, § 239)."

Este párrafo de la sentencia es especialmente importante para nuestro análisis, porque contiene una noción de turismo reproductivo transfronterizo y en cierto modo lo utiliza como solución alternativa para eludir la prohibición de la legislación nacional. Sin embargo, también introduce confusión en la sentencia, porque el argumento del legislador a favor de la prohibición de la duplicación de la maternidad es inútil, ya que si una ciudadana solicita la donación de óvulos en el extranjero y luego regresa a su país con el niño, este argumento a favor de la prohibición no es sostenible en la práctica. (Voto particular disidente conjunto de los Jueces TULKENS, HIRVELÄ, LAZAROVA TRAJKOVSKA Y TSOTSORIA)

El número de personas que recurren al turismo reproductivo va en aumento: las encuestas muestran que sólo en la Unión Europea hay decenas de miles de procedimientos transfronterizos de reproducción asistida, y no hay datos fiables sobre el número de ciudadanos de la UE que utilizan tecnologías de reproducción asistida en países de fuera de la UE con normativas permisivas, como Estados Unidos, Australia, Sudáfrica, Ucrania o la India.

Otro caso emblemático relacionado con la gestación subrogada transfronteriza fue D. y otros contra Bélgica. El caso se refería a la negativa de la Embajada belga a expedir un pasaporte u otros documentos de viaje a un niño que había nacido en Ucrania en virtud de un acuerdo de maternidad subrogada con una pareja belga como padres intencionales. La Embajada y el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas se negaron a autorizar la llegada del niño a territorio belga alegando que no habían presentado suficiente información sobre la madre de alquiler y el método de procreación utilizado. Mientras tanto, el permiso de residencia de los padres intencionales en Ucrania había expirado, por lo que tuvieron que regresar a Bélgica sin el niño, lo que provocó su separación del niño, rompiendo su relación, que en el caso de un recién nacido es crucial para el sano desarrollo del niño. Los futuros padres decidieron presentar una demanda, alegando que esta separación vulneraba su derecho a la vida familiar, así como el interés superior del menor. También alegaron que esta separación suponía una violación del artículo 3 del Convenio (prohibición de tratos inhumanos o degradantes). El Tribunal consideró que las autoridades belgas no habían violado el Convenio, que Bélgica había actuado dentro de su amplio margen de apreciación al realizar controles legales antes de permitir la entrada en su territorio a niños nacidos de una madre de alquiler y declaró la demanda inadmisibile.

Otra parada destacada en la evolución de las opiniones del TEDH sobre la gestación subrogada transfronteriza son los asuntos MENNESSON contra Francia y LABASSEE contra Francia. Ambos casos, que marcaron un hito, se referían a la denegación del reconocimiento legal en Francia de las relaciones paterno-filiales que se habían establecido legalmente en Estados Unidos entre los niños nacidos como resultado de un tratamiento de maternidad subrogada y las parejas que se habían sometido a dicho tratamiento. En ambos asuntos, los demandantes se quejaban en particular de que, en contra del interés superior de los niños, no podían obtener el reconocimiento en Francia de las relaciones paterno-filiales que se habían establecido legalmente en el extranjero. En ambos casos, el TEDH consideró que se había producido una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular del derecho de los niños al respeto de su vida privada – pero no una violación del derecho al respeto de la vida familiar.

Los hechos de los dos casos eran similares: en ambos se trataba de una pareja francesa que optó por los servicios de gestación subrogada en Estados Unidos (California y Minnesota), donde la ley lo permite. Las madres previstas tenían más de 45 años en ambos casos, por lo que los óvulos procedían de una donante. Como las madres previstas tenían 45 y 49 años, en ambos casos los óvulos procedían de una donante y fueron fecundados con el esperma de los maridos. En los certificados de nacimiento expedidos en Estados Unidos figuraban como progenitores los padres previstos, lo que se ajustaba plenamente a la legislación nacional, pero las autoridades francesas se negaron a reconocerlo porque la maternidad subrogada está prohibida en Francia. Según el Tribunal de Casación francés, la negativa a reconocer al progenitor subrogado no impide que el niño siga manteniendo una relación con los padres. Pero nadie más que la mujer que dio a luz al niño podía ser inscrita como madre con arreglo a la legislación francesa. En este contexto se presentaron los casos ante el TEDH, donde los demandantes alegaron, entre otras cosas, que Francia había violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, al negarse a reconocer la relación jurídica entre un progenitor y su hijo establecidos en el extranjero. El Código Civil francés, en su artículo 16 *expressis verbis*, prohíbe la maternidad subrogada. ("Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle". Code Civil, Art. 16-7) La postura francesa ante la tecnología de reproducción asistida ha sido históricamente muy conservadora y la cuestión principal en estos casos ni siquiera era la validez de la prohibición de la maternidad subrogada, sino la negativa de Francia a reconocer los certificados de nacimiento expedidos en Estados Unidos, socavando así la identidad de los niños dentro de la sociedad y violando su derecho a la vida privada.



El Tribunal ha sostenido, en primer lugar, que la prohibición de la maternidad subrogada no es ilegal y puede ser realizada por un Estado parte del Convenio. El margen de apreciación otorga a los Estados miembros un nivel de discrecionalidad que les permite abordar las cuestiones de derechos humanos de diferentes maneras. El margen es más amplio cuando hay falta de consenso entre los Estados miembros; normalmente se trata de cuestiones muy controvertidas, como la eutanasia, el aborto o las adopciones homosexuales. En los casos en que existe una inclinación al consenso entre los Estados miembros o una faceta particularmente importante de la existencia o la identidad de un individuo, el TEDH concede un estrecho margen a la injerencia. En lo que respecta al reconocimiento de las partidas de nacimiento en el registro civil francés, el TEDH sostuvo que la negativa de Francia a reconocer la relación jurídica entre los niños nacidos en EE.UU. tras acuerdos internacionales de gestación subrogada violaba el Convenio, al vulnerar el derecho de los niños al respeto de su vida privada, infringiendo el artículo 8 del Convenio, con lo que sobrepasaba el margen de apreciación admisible en esta cuestión.

El Tribunal observó que las autoridades francesas negaron la filiación con arreglo a la legislación francesa, aunque eran conscientes de que había sido reconocida en Estados Unidos, lo que llevó a menoscabar su estatus jurídico en la sociedad francesa, ya que era incierto si los niños recibirían la nacionalidad francesa. La falta de reconocimiento legal en ambos casos iba en contra de la realidad biológica, ya que en ambos casos el padre previsto era también el padre genético y biológico. Esta inseguridad jurídica ha marcado claramente la existencia de los niños. No debe impedirse que un derecho adquirido legalmente en el extranjero surta efectos jurídicos en Francia por razones de orden público internacional, especialmente si ello vulnera un principio, una libertad o un derecho garantizado por un convenio internacional ratificado por Francia.

Además de los dos casos franceses, poco después, el TEDH también se pronunció en un caso italiano: *PARADISO y CAMPANELLI contra Italia*. Este caso tenía el valor fáctico y la complejidad añadidos de que la pareja italiana, que había recurrido a servicios de gestación subrogada en Rusia, tras un contrato de gestación subrogada celebrado con una mujer rusa. En este caso, la pareja italiana no tenía ningún vínculo genético con el niño, que había sido concebido a partir de gametos de un donante. Después de que la pareja tratara de resolver el estatuto familiar del niño, nacido en 2011, con arreglo a la legislación italiana sobre la base de documentos expedidos de conformidad con la legislación rusa, las autoridades les retiraron al niño, lo pusieron bajo la tutela de los servicios sociales y más tarde lo declararon adoptable. Los futuros padres también fueron procesados por cambiar su situación familiar y eludir las normas de adopción, y no se les permitió tener contacto con el niño. Como no se pudieron validar los

documentos de nacimiento rusos, el niño fue inscrito en Italia como hijo de padres desconocidos.

Los futuros padres llevaron su caso ante el TEDH, invocando el derecho al respeto de la vida familiar y de la vida privada en virtud del artículo 8. La Sala, por once votos contra seis, rechazó la alegación de los demandantes de que las autoridades italianas habían actuado ilegalmente al negarse a reconocer los documentos extranjeros porque los demandantes no habían agotado sus recursos internos. El Tribunal también consideró la ausencia de cualquier vínculo biológico entre el niño y los futuros padres, así como la corta duración de su relación, debido a la cual no existían vínculos familiares reales de los que hablar. A continuación, el Tribunal concluyó que los tribunales italianos, al apreciar en particular que el menor no sufriría un perjuicio grave o irreparable como consecuencia de la separación, habían logrado un justo equilibrio entre los distintos intereses en juego, manteniéndose dentro del margen de apreciación aceptable para ellos.

Si bien tenemos un puñado de casos que abordan la maternidad subrogada transfronteriza, al menos en un nivel superficial, la evolución de la jurisprudencia en esta materia ha sido laboriosamente lenta. El primer dictamen consultivo sobre el reconocimiento de una relación legal paterno-filial se emitió en 2019 en virtud del Protocolo adicional 16. (TEDH, 2019. Opinión consultiva relativa al reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero y la madre intencional (Gran Sala), solicitud núm. P16-2018-001) Aun así, la cuestión de la maternidad subrogada con un elemento internacional sigue estando poco desarrollada y, en cierto sentido, es ambigua. La sentencia en el asunto VALDÍS FJÖLNIÐDÓTTIR y otros contra Islandia en 2021 es una sentencia más reciente que contribuye a la jurisprudencia sobre la maternidad subrogada. Se refiere al no reconocimiento de una relación paterno-filial entre los dos primeros demandantes, una pareja del mismo sexo casada que posteriormente se divorció, y el tercer demandante, que nació mediante gestación subrogada en Estados Unidos. La primera y segunda demandantes son los padres intencionales del tercer demandante, pero ninguna de ellas estaba biológicamente emparentada con él. La gestación subrogada es ilegal en Islandia y no se les reconoció como padres del niño. La pareja alegó que la negativa a inscribir a su hijo en el registro nacional suponía una injerencia en sus derechos. Tenían un certificado de nacimiento californiano, que las autoridades islandesas denegaron como base adecuada para la inscripción del niño. Se asignó entonces al niño un tutor legal, pero permaneció bajo el cuidado temporal de los futuros padres. Mientras la pareja solicitaba la revisión judicial de esta decisión, también se divorciaron, lo que no ha cambiado la postura de las autoridades en

cuestiones de filiación. El tribunal islandés sostuvo que en este caso la filiación podía establecerse mediante adopción, pero para ello se requería el consentimiento de la madre de alquiler y de su cónyuge, con la confirmación de que no se les había pagado por dicho consentimiento. La pareja recurrió la sentencia del Tribunal de Distrito ante el Tribunal Supremo de Islandia. Los demandantes recurrieron la sentencia ante el Tribunal Supremo de Islandia, pero la sentencia fue confirmada. Dado que Islandia seguía el principio *mater semper certa est*, el tribunal sostuvo que sólo la mujer que había dado a luz al niño podía considerarse la madre con arreglo a la legislación islandesa.

El Tribunal Supremo hizo referencia a la Constitución islandesa y a la sentencia PARADISO y CAMPANELLI contra Italia del TEDH y sostuvo que la negativa a inscribir al niño en el registro nacional no violaba el derecho de la pareja al respeto de la vida familiar. Los futuros padres decidieron presentar una demanda contra la República de Islandia, alegando la violación de su derecho al respeto de la vida privada y familiar en virtud del Art. 8 del Convenio. El Tribunal dictaminó que no se había violado el artículo 8, ya que la decisión de no reconocer a la pareja como padres del niño había tenido una base suficiente en el derecho interno y sostuvo que Islandia había actuado dentro de su margen de apreciación aceptable.

El caso de D.B. y otros contra Suiza se refiere a dos ciudadanos suizos miembros de una pareja registrada del mismo sexo, que tuvieron un hijo en Estados Unidos mediante un acuerdo de maternidad subrogada. El embrión implantado en el útero de la madre de alquiler se creó a partir del esperma de uno de los hombres y el óvulo de una donante anónima. Una vez confirmado el embarazo, una sentencia del tribunal de California declaró a los dos hombres padres legales del feto y, en cuanto nació el niño en 2011, se expidió el correspondiente certificado de nacimiento. A su regreso a Suiza, los demandantes solicitaron el reconocimiento de la sentencia y la transcripción del certificado de nacimiento en el registro civil. Esto generó un litigio, que dio lugar a una serie de resoluciones contradictorias de las autoridades suizas (apartados 9 y siguientes). El litigio fue resuelto en última instancia por el Tribunal Federal, que se pronunció únicamente a favor del reconocimiento de la relación del niño con el padre biológico (apartado 14). Así las cosas, al haberse agotado los recursos nacionales, en 2015 se interpuso una demanda ante el TEDH, relativa a la denegación del reconocimiento del parentesco del menor con el padre no biológico. Los demandantes alegaron que, como consecuencia de ello, se había vulnerado el derecho de cada uno de ellos al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y, además, el tercero de ellos, el niño, había sido víctima de discriminación por razón de su modalidad de concepción (art. 14 CEDH en relación con el art. 8 CEDH). Entretanto, el Código Civil

suizo permitió la adopción por padrastro o madrastra a las parejas de hecho registradas el 1 de enero de 2018, por lo que, de hecho, ese mismo día se solicitó la adopción, que fue concedida el 21 de diciembre de 2018 (párrs. 16, 17). No obstante, los demandantes mantuvieron su reclamación, alegando que no habían disfrutado de un reconocimiento "rápido" y "efectivo", como prescribe el CEDH. El TEDH consideró que, por una parte, se había producido una violación del derecho al respeto de la vida privada del niño (párrafos 87 y siguientes), pero que, por otra parte, no se había cometido ninguna violación en detrimento de los progenitores varones, y más concretamente en relación con su derecho al respeto de la vida familiar -no se prestó ninguna atención a su derecho al respeto de la vida privada (párrafos 91 y siguientes).

El 31 de agosto de 2023, el TEDH dictó sentencia en el caso C. contra Italia, en el que se abordaba la situación de un niño de cuatro años nacido mediante gestación subrogada en Ucrania y posteriormente convertido en apátrida en Italia. Esta sentencia instiga un examen crítico de la maternidad subrogada como posible contribuyente indirecto a la apatridia y la exploración de remedios legales para prevenir futuros casos de apatridia. En 2018, una pareja heterosexual italiana, formada por el padre biológico y la madre intencional, celebró un acuerdo de gestación subrogada en Ucrania. Un embrión, concebido utilizando el esperma del padre biológico y el óvulo de una donante anónima, fue implantado en una madre de alquiler. Tras el nacimiento del niño en Ucrania en agosto de 2019, las autoridades ucranianas emitieron un certificado de nacimiento que reconocía al padre biológico y a la madre intencional como los padres del niño. A su regreso a Italia en septiembre de 2019, la pareja intentó registrar los datos del nacimiento en el registro civil. Sin embargo, su solicitud de inscribir a ambos progenitores o solo al padre biológico fue denegada por contravenir el orden público. Los recursos posteriores en los tribunales nacionales resultaron infructuosos, lo que llevó a la pareja a recurrir al TEDH en septiembre de 2021, alegando una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que salvaguarda el derecho a la vida privada y familiar. La argumentación del TEDH se basó en su precedente sobre el reconocimiento legal de la paternidad en casos de gestación subrogada, haciendo hincapié en la necesidad de que las leyes nacionales permitan el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por gestación subrogada en el extranjero y el padre biológico. A pesar de reconocer el margen de apreciación de los Estados a la hora de elegir los medios para dicho reconocimiento, el TEDH sostuvo que la negativa a reconocer esta relación vulneraba el derecho del niño a la vida privada. El TEDH evaluó la justificación de esta injerencia en virtud del artículo 8, apartado 2, del CEDH, teniendo en cuenta la legislación italiana, que prohíbe la maternidad subrogada, y consideró que perseguía un objetivo legítimo.

El aspecto crucial del razonamiento del TEDH se centró en la identidad jurídica del niño y las obligaciones del Estado. El Tribunal destacó la importancia de reconocer la relación paterno-filial para establecer la identidad del niño dentro de la sociedad, evitando la incertidumbre y la posible apatridia. En el caso de *C. contra Italia*, la niña, que residía en Italia con su padre biológico italiano y su madre prevista, carecía de nacionalidad italiana, lo que la convertía en apátrida. El TEDH afirmó que el Estado tenía la obligación positiva de evitar la inseguridad jurídica, haciendo hincapié en la importancia de aplicar con prontitud procedimientos eficaces para establecer la filiación. El Tribunal criticó a los tribunales nacionales por no haber equilibrado los intereses en conflicto y haber descuidado los requisitos procesales. Subrayó que los procesos de toma de decisiones debían estar exentos de excesivo formalismo, dar prioridad al interés superior del menor e implicar la cooperación con las partes. Al concluir que se había infringido el artículo 8 en lo relativo a la relación con el padre biológico, el TEDH subrayó la importancia de la cooperación estatal para explorar soluciones dentro del marco legal. En conclusión, el TEDH determinó que Italia violó el artículo 8 al no establecer la relación legal paterno-filial con el padre biológico. Sin embargo, no se produjo ninguna violación en cuanto a la relación con la madre prevista, ya que la legislación italiana ofrecía medios alternativos. Este caso subraya las consecuencias prácticas de marcos inadecuados para prevenir la apatridia en contextos de maternidad subrogada, haciendo hincapié en la necesidad del reconocimiento legal de las relaciones paterno-filiales para salvaguardar la identidad y la nacionalidad del niño, evitando así una posible apatridia. La interpretación del TEDH del artículo 8 desempeña un papel fundamental en la prevención de la apatridia al priorizar la identidad y el interés superior del menor dentro del derecho a la vida privada.

Uno de los desarrollos más recientes en este ámbito es la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo. La Comisión Europea ha presentado una novedosa propuesta normativa relativa al reconocimiento de la paternidad entre los Estados miembros de la Unión Europea, cuyo objetivo es garantizar el reconocimiento de la paternidad establecida en un Estado miembro en todos los demás. Aproximadamente 2 millones de niños encuentran dificultades a la hora de solicitar el reconocimiento de su paternidad en otro país de la UE, especialmente cuando se trasladan a otro Estado miembro o regresan a su país de origen. Este problema se debe al hecho de que la jurisdicción y las normas relativas a la paternidad son competencia del Derecho internacional privado de los Estados miembros, lo que da lugar a divergencias en asuntos como el establecimiento y el reconocimiento de la paternidad con arreglo a la legislación de la UE. En la actualidad, los Estados miembros

de la UE están obligados a reconocer la paternidad establecida en otro Estado miembro en los casos en que estén en juego derechos derivados del Derecho de la UE, en particular los relacionados con la libre circulación, como el derecho de entrada y residencia en otro Estado miembro, el derecho a la igualdad de trato y el derecho a obtener documentos de viaje para el menor. Sin embargo, la legislación de la UE no incluye el reconocimiento de la paternidad como establecida en otro Estado miembro a efectos relacionados con derechos derivados de la legislación nacional, como las prestaciones fiscales y sociales.

En la actualidad, el reconocimiento de la paternidad no está garantizado de forma sistemática, lo que puede perjudicar a los menores, desincentivar los movimientos familiares transfronterizos o dar lugar a procedimientos judiciales largos y costosos. En diciembre de 2022, como parte de su paquete sobre igualdad, la Comisión Europea propuso un reglamento destinado a armonizar las normas nacionales relativas al reconocimiento de la paternidad. La propuesta pretende armonizar las normas sobre competencia judicial internacional, determinando qué tribunales de los Estados miembros son competentes para establecer la paternidad en escenarios transfronterizos. Aboga por que, como norma general, la ley aplicable al establecimiento de la paternidad se ajuste a la del Estado miembro donde resida la madre que da a luz o, alternativamente, al país donde nazca el niño. Además, las resoluciones judiciales y los documentos públicos con fuerza ejecutiva por los que se establece la paternidad emitidos en un Estado miembro deben reconocerse automáticamente en otro Estado miembro. No obstante, el reconocimiento de la paternidad establecida en un país no perteneciente a la UE debe seguir estando sujeto a la legislación nacional de cada Estado miembro. Parte de la propuesta es la introducción de un certificado europeo de paternidad, que abarque el reconocimiento de la paternidad para todos los niños nacidos en la UE, independientemente de su método de concepción, estructura familiar o nacionalidad del niño y de los padres. Esto incluye el reconocimiento de la paternidad de los niños nacidos por gestación subrogada. El reglamento propuesto pretende evitar la necesidad de procedimientos adicionales entre los países de la UE, ya que el reconocimiento debería ser posible sobre la base del Derecho internacional privado. Si se aprueba la propuesta, se espera que refuerce la protección de los derechos del niño en situaciones transfronterizas dentro de la UE, ofreciendo seguridad jurídica y previsibilidad tanto a los padres como a los hijos. Sin embargo, la aprobación de la propuesta en su versión actual es incierta, ya que debe someterse a un procedimiento legislativo especial sin negociaciones a tres bandas, lo que exige su adopción por unanimidad. La acogida de la propuesta entre los Estados miembros, las partes interesadas y los expertos jurídicos ha sido diversa. Principalmente, los países de Europa Central y Oriental han expresado su preocupación

por la propuesta de Reglamento. Una de las preocupaciones concretas de estos Estados es el intento percibido de eludir la prohibición de los acuerdos de maternidad subrogada en su legislación nacional, una práctica que algunos consideran que conlleva el riesgo potencial de transformar a los niños en mercancías. El documento resume los esfuerzos emprendidos desde 2021, iniciados por el lanzamiento por parte de la Comisión de un proceso de revisión para evaluar posibles normativas relativas al reconocimiento de la filiación en la Unión Europea. Esta iniciativa ha progresado al mismo tiempo que los trabajos de la Conferencia de La Haya sobre el reconocimiento de la filiación y la maternidad subrogada. (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado)

En una época caracterizada por la creciente movilidad mundial de las familias, las disparidades entre las legislaciones nacionales de los distintos Estados plantean intrincadas cuestiones en el ámbito del Derecho internacional privado en relación con el establecimiento, la impugnación y el reconocimiento de la filiación legal de los hijos. Esta complejidad se acentúa aún más en el panorama contemporáneo de la maternidad subrogada, que se ha convertido en una empresa globalizada. La naturaleza internacional de los acuerdos de gestación subrogada introduce numerosos retos, especialmente en los casos en que las partes implicadas residen en países diferentes. Estos retos a menudo se manifiestan en las dificultades antes mencionadas relacionadas con el establecimiento o reconocimiento de la filiación legal de los niños nacidos a través de tales acuerdos, dejando potencialmente al niño sin vínculos parentales legales. Las ramificaciones de esta situación se extienden a varios ámbitos legales, afectando a la nacionalidad del niño, su estatus de inmigración, la asignación de la responsabilidad parental y la identificación de la parte o partes obligadas a proporcionar apoyo financiero al niño, entre otras consideraciones. Para complicar las cosas, la naturaleza vulnerable y de riesgo de las partes implicadas en los acuerdos de gestación subrogada puede exacerbar estos retos. En respuesta a un mandato de sus miembros, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado está llevando a cabo un examen exhaustivo de las cuestiones de Derecho internacional privado relacionadas con la filiación legal de los niños, centrándose específicamente en los acuerdos internacionales de maternidad subrogada. El rápido crecimiento de los acuerdos internacionales de gestación subrogada va acompañado, por desgracia, de un aumento proporcional de las complejidades derivadas de dichos acuerdos. Por lo tanto, el inestimable trabajo realizado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es fundamental para abordar y navegar por estas cuestiones polifacéticas.

#### 4. CONCLUSIÓN

Los casos de gestación subrogada transfronteriza demuestran un dilema muy complejo sobre el papel del TEDH en el ordenamiento jurídico europeo. La práctica del TEDH parece abrir la vía al reconocimiento del "derecho al hijo" en el marco de la libertad reproductiva. Como han demostrado casos recientes, se puede concluir que, aunque algunos países europeos pongan obstáculos a la maternidad subrogada, si las parejas deciden recurrir a ella en el extranjero, la relación familiar resultante será reconocida legalmente por el Estado parte del Convenio. Dado que el turismo reproductivo es cada vez más accesible, es evidente que los Estados Parte del Convenio deben tomar medidas para reconocer el estado de familia legalmente establecido en el extranjero en virtud de la legislación extranjera, con el fin de proteger el interés superior del niño, incluso si la maternidad subrogada no es una opción en virtud de la legislación nacional. Se plantea la cuestión de si deben existir normas europeas comunes de protección de los derechos humanos en relación con la maternidad subrogada, o si debemos basarnos en el margen de apreciación de los Estados en esta materia. Esta cuestión ya ha sido planteada por los tribunales nacionales de Francia, España, Bélgica y otros países, concretamente qué hacer cuando la propia gestación subrogada está prohibida por el derecho interno. Si bien el TEDH ha sostenido sistemáticamente que la cuestión de la maternidad subrogada en sí misma en virtud del Derecho nacional entra dentro del margen de apreciación de los Estados Parte, el reconocimiento legal de los niños nacidos en virtud de acuerdos de maternidad subrogada en el extranjero no se ha abordado con la misma coherencia. El TEDH siempre ha tenido en cuenta el interés superior del niño nacido y lo ha invocado en todos los casos, lo que conduce claramente al reconocimiento legal de la filiación en los casos de gestación subrogada transfronteriza. Mientras que la Gran Sala ha mostrado una interpretación más restrictiva del término vida familiar en el asunto PARADISO y CAMPANELLI al negarse a reconocer los vínculos entre el niño y los padres intencionales, en casos más recientes la interpretación de la vida familiar ha sido más amplia, dejando el cuidado del niño a los padres intencionales incluso si la maternidad subrogada está prohibida en virtud de las disposiciones legales internas del Estado en cuestión, razonando con el interés superior del niño. Si el reconocimiento de la filiación redundaría en el interés superior del niño nacido en virtud de un acuerdo de maternidad subrogada, debemos examinar si es factible mantener la diversidad jurídica en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida en las legislaciones nacionales de los Estados Parte o, de hecho, si deben desarrollarse normas europeas de derechos humanos en el ámbito de la maternidad subrogada. La gestación subrogada no es un concepto nuevo; de hecho, los acuerdos tradicionales se remontan a tiempos bíblicos. Sin embargo, el floreciente "negocio" mundial de la gestación subrogada que presenciamos hoy en día parece haber evolucionado rápidamente en la última década aproximadamente. Esta evolución



puede atribuirse a una convergencia de avances científicos, demográficos, jurídicos y sociales. En primer lugar, los avances científicos, como la inseminación artificial y la fecundación in vitro, han hecho de la gestación subrogada una posibilidad mucho más atractiva en la actualidad. En segundo lugar, a medida que la infertilidad afecta a un número cada vez mayor de individuos en determinados estados, y crece la aceptación de la paternidad dentro de formas de familia alternativas en algunos estados, la demanda de servicios de gestación subrogada es fuerte.

En cuanto al fenómeno transfronterizo, el enfoque legal prohibitivo o restrictivo de muchos estados hacia la gestación subrogada, en particular la comercial, unido a la postura liberal de una minoría, ha provocado una importante demanda de servicios de gestación subrogada. Esto, unido al planteamiento liberal de una minoría, significa que los futuros padres recurren a menudo a servicios de gestación subrogada en el extranjero porque están prohibidos o restringidos en su país de origen. Otros factores motivadores pueden ser los menores costes o la percepción de menores riesgos en el extranjero.

El crecimiento de estos acuerdos transfronterizos se ha visto sin duda facilitado por internet, otros medios modernos de comunicación y la facilidad de los viajes internacionales. Sin embargo, otro factor que complica la situación es el hecho de que el crecimiento de la gestación subrogada internacional en algunos Estados también se debe a la disponibilidad de madres de alquiler empobrecidas.

Debido al creciente número de acuerdos transfronterizos de maternidad subrogada, es esencial examinar la situación de estos niños, incluidos los problemas derivados de los acuerdos internacionales de maternidad subrogada. Los problemas más comunes incluyen la incertidumbre sobre la filiación legal y la nacionalidad de los niños nacidos. Los niños pueden quedar abandonados, apátridas y sin padres en el estado en que nacieron, lo que lleva a sus familias a recurrir a medidas desesperadas, a veces delictivas, para intentar traerlos a casa. Además, si pueden viajar a casa, los niños pueden quedar con una filiación legalmente incompleta, lo que da lugar a los consiguientes problemas de protección de la infancia. Estas y otras cuestiones relacionadas con la protección de la infancia que se derivan de estos acuerdos afectan a los derechos e intereses fundamentales de los niños, incluido el derecho a no ser sometido a tortura, el derecho a no sufrir discriminación por razón de nacimiento o filiación, el derecho del niño a que su interés superior sea la consideración primordial en todos los asuntos que le conciernan y el derecho del niño a adquirir la nacionalidad y preservar su identidad.

## BIBLIOGRAFIA

LAUFER-UKELES, P. (2013). «Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy, Surrogacy, Adoption». *Indiana Law Journal*: Vol. 88: Iss. 4, Artículo 6.

MOSTOWIK, P. (2019). *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Varsovia 2019. ISBN: 9788366344068. p. 1061

STORROW, R.F. (2011). «Reproducción asistida en terreno traicionero: los peligros legales de los viajes reproductivos transfronterizos». *Reprod Biomed Online*. 23(5):538-45.

TOBIN, J. (2014). «To prohibit or permit: What is the (Human) rights response to the practice of international commercial surrogacy?» *International and Comparative Law Quarterly*. 63. 317-352.

VAN HOOF, W., PENNINGS, G. (2012). «The consequences of. S.H. and Others v. Austria for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of European Court of Human Rights judgements». *Reprod Biomed Online*. 25(7):665-9.

Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo

Ley de medicina reproductiva (Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden (Fortpflanzungsmedizinengesetz - FMedG) StF: BGBl. Nr. 275/1992)

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Grupo de expertos sobre el proyecto de filiación / maternidad subrogada.

TEDH, 2011. S.H. y otros contra Austria. Sentencia de la Gran Sala.

Voto particular disidente conjunto de los Jueces Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska y Tsotsoria

TEDH, 2014. D. y otros contra Bélgica. Sentencia de la Gran Sala.

TEDH, 2014. Mennesson contra Francia. Sentencia de la Gran Sala.

TEDH, 2014. Labassee contra Francia. Sentencia de la Gran Sala.

TEDH, 2017. Paradiso y Campanelli c. Italia. Sentencia de la Gran Sala.

TEDH, 2019. Opinión consultiva relativa al reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero y la madre intencional (Gran Sala), solicitud núm. P16-2018-001.

TEDH, 2021. Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia. Sentencia de la Gran Sala.

TEDH, 2022. D.B. y otros contra Suiza.

TEDH, 2023. C. contra Italia.

Fecha de recepción: 11.09.2023

Fecha de aceptación: 18.12.2023